

Université Paris II- Panthéon-Assas
école doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en droit privé
soutenue le 21 novembre 2017

**LA CESSION DE CRÉANCE EN DROIT
FRANÇAIS ET EN DROIT COLOMBIEN**



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Anabel RIANO SAAD

Sous la direction de Monsieur Michel GRIMALDI, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Sous la co-direction de Monsieur Edgar CORTÉS, Professeur à l'Université Externado de Colombie

Membres du jury :

Monsieur Alain BÉNABENT, Professeur des Universités (Avocat aux Conseils), rapporteur

Madame Marie GORÉ, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Maxime JULIENNE, Professeur à l'Université d'Angers, rapporteur

Madame Adriana ZAPATA, Professeur à l'Université Externado de Colombie

AVERTISSEMENT

Ni l'Université Panthéon-Assas (Paris II) ni l'Université Externado de Colombie n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier, tout d'abord, l'Université Externado de Colombie, grâce à qui mes études en France ont été possibles, ainsi que l'Université Paris II, pour le contrat doctoral qu'elle m'a accordé en vue de la préparation de cette thèse.

Je tiens également à remercier le regretté doyen Fernando Hinestrosa et M. le Professeur Roberto Núñez, qui m'ont fait confiance et m'ont encouragé à suivre mes études de droit à Paris. Je voudrais également remercier le Recteur de l'Université Externado de Colombie, Juan Carlos Henao, qui m'a fait confiance et m'a permis de mener ce travail à terme dans les meilleures conditions possibles.

Je remercie aussi mon directeur de recherches, le Professeur Michel Grimaldi, d'avoir accepté de diriger cette thèse, pour le temps accordé à lire et à discuter mes travaux et pour ses enseignements. Ma reconnaissance s'adresse aussi à mon codirecteur de thèse, le Professeur Edgar Cortés, pour les discussions que nous avons eues autour du sujet et pour m'avoir soutenue et encouragée tout au long de ce travail de recherche.

Je remercie également M. le Professeur Alain Bénabent, Mme le Professeur Marie Goré, M. le Professeur Maxime Julienne et Mme le Professeur Adriana Zapata, qui m'ont fait l'honneur d'accepter de siéger dans le jury de soutenance.

Je voudrais également remercier le Professeur Felipe Navia, de m'avoir généreusement accueillie au sein du Département de droit civil de l'Université Externado.

J'adresse également toute ma gratitude au personnel de la salle de droit civil, de la salle de droit commercial et du laboratoire de sociologie juridique de l'Université Paris II, notamment M^{me} Clément pour son accueil et sa bienveillance.

Cette thèse n'aurait pas pu voir le jour sans ma famille qui, malgré la distance, m'a soutenue de manière indéfectible tout au long de ces années ; je remercie particulièrement mes parents pour leur amour et leur confiance. Je tiens à exprimer ma gratitude infinie à Dani pour son amour, sa patience, son soutien sans faille, et pour avoir toujours eu un mot d'encouragement quand la fatigue se faisait pesante. Je ne peux oublier de remercier ma belle-famille, qui a rempli ma vie de joie et de souvenirs inoubliables.

Je pense aussi à mes amis, qui ont été à mes côtés tout au long de ce chemin... long et parfois difficile : Alejandra, Ana Maria, Andrés, Charles, Diego, Géraldine, Hussein, Julien, Lucia, Margarita, Marie, Nata, Octavie, Sandra, Xioma, et tout particulièrement Anne-Sophie et Michel pour leurs relectures et leurs précieux conseils. Je remercie aussi Virginie pour sa relecture et sa disponibilité. Pour son soutien inconditionnel, son amitié et ses encouragements, j'exprime toute ma gratitude à Fer. Ma profonde reconnaissance va à Claire pour son amitié indéfectible et sa générosité, pour tous les bons moments partagés, pour ses relectures et pour avoir rendu mon séjour à Paris plus agréable et heureux.

RÉSUMÉ

La cession de créance est un mécanisme consacré tant en droit commun français qu'en droit commun colombien. Conformément à l'analyse classique dans ces deux systèmes juridiques, la cession de créance est un contrat translatif d'obligation envisagée activement. Ainsi, l'obligation passerait, telle qu'elle est, du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire. Le débiteur de la créance cédée n'aurait donc rien à craindre, car l'obligation ne subirait aucune modification du fait de la cession. Il resterait tenu envers le cessionnaire dans les mêmes termes qu'il l'était envers son créancier initial : le cédant. La cession de créance opérerait donc un banal transfert d'un bien incorporel. Malgré le caractère ancré de cette conception, elle est critiquable. L'obligation reste avant toute chose un lien juridique de sorte que l'idée de sa transmissibilité, au moins par acte entre vifs, n'est pas convaincante. En réalité, on s'aperçoit que la cession de créance opère une modification de l'obligation par changement de créancier, et cela sans le consentement du débiteur, sujet passif du lien juridique. Le débiteur subit donc une telle modification, laquelle n'est jamais sans conséquence sur sa situation juridique, ce qui explique qu'il mérite une protection spéciale. C'est pourquoi les tentatives classiques de qualification du débiteur de partie ou de tiers à la cession et, par conséquent, la question de savoir si la cession produit à son égard un effet relatif ou un effet d'opposabilité se révèlent inopportunes.

Cependant, cette analyse ne doit pas cacher une autre vérité : la cession de créance est également un acte translatif de créance, bien incorporel qui ne se confond pas avec l'obligation, même si les rapports entretenus entre la créance et l'obligation sont étroits. En tant qu'acte translatif de créance -bien incorporel-, la cession présente des spécificités qui empêchent de la cantonner à un acte juridique déterminé. En effet, la cession permet la réalisation de différentes opérations juridiques, ce qui explique sa nature polyvalente. En outre, la nature incorporelle de la créance explique la spécificité de certaines règles régissant le rapport entre les parties et la cession et celui concernant les tiers et la cession ; notamment celles relatives à l'étendue du transfert et à la garantie due par le cédant au cessionnaire, ainsi que celles portant sur l'opposabilité du transfert aux tiers.

Descripteurs : accessoires de la créance ; cession de créance ; exceptions inhérentes à la dette ; mode d'acquisition de la propriété ; modification de l'obligation ; novation de l'obligation ; transfert actif de l'obligation ; transmission de l'obligation ; opération juridique à trois personnes ; opposabilité ; vente d'une créance

ABSTRACT :

The assignment of claims is a mechanism enshrined in both French ordinary law and Colombian ordinary law. According to the classical analysis in these two legal systems, the assignment of claims is a contract transferring the obligation considered active. Thus, the obligation would pass as it is from the patrimony of the assignor to that of the assignee. The debtor of the assigned claim would therefore have nothing to fear as the obligation would not be affected by the assignment. He would remain liable to the assignee in the same terms as he was to his original creditor: the assignor. The assignment of a claim would thus operate a mere transfer of an intangible property. Despite the anchored nature of this conception, it is open to criticism. The obligation remains above all a legal bond so that the idea of its transmissibility, at least by inter vivos transaction, is not convincing. In fact, we can notice that the assignment of claim creates a modification in the obligation by change of creditor, without the debtor's consent, the passive subject of the legal bond. The debtor thus undergoes such a modification, which is never without consequence on his legal situation, which explains why he deserves special protection. Hence the classical attempts to qualify the debtor of a party or third party in the assignment and, consequently, the question whether the assignment produces a relative effect or an enforceability effect in his regard is undesirable.

However, this analysis must not hide this other truth: the assignment of a claim is also an act transferring of the claim, which is intangible property, not to be confused with the obligation, even if the relationship between the claim and the obligation is narrow. As an act transferring of the assignment, intangible property, the assignment presents specificities which prevent it from being framed in a particular legal act. Indeed, the assignment allows the realization of different legal operations, which explains its versatile nature. Moreover, the intangible nature of the claim explains the specificity of certain rules governing the relationship between the parties and the assignment and that relating to third parties and assignment, in particular, those relating to the extent of the transfer and the guarantee owed by the assignor to the assignee as well as those concerning the effectiveness of the transfer to third parties.

Keywords: accessories of the claim ; active transfer of the obligation ; assignment of claim-sale ; claim-mode of acquisition of the ownership ; enforceability ; exceptions inherent in debt-legal operation to three persons ; modification of the obligation ; novation of the obligation

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

al.	Alinéa
an.	Ancien
APD	Archives de philosophie de droit
AJDI	Actualité juridique droit immobilier
AJCA	AJ Contrats d'affaires, concurrence, distribution
AJDA	Actualité juridique du droit des affaires
<i>Adde</i>	Ajouter
ACE	Architecture, City and environnement
art.	Article
Banque	Revue Banque
Banque & Droit	Revue Banque et Droit
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Code civil allemand)
Bull. civ.	Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation
<i>Bull. Joly Ent. Diff.</i>	Bulletin entreprises en difficulté
Bull. soc. ét. lég.	Bulletin de la Société d'études législatives
C. ass.	Code des assurances français
CA	Cour d'appel
C. civ. fr.	Code civil français
C. civ. co.	Code civil colombien
CE	Arrêt du Conseil d'Etat français
CEDH	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme
Chron.	Chroniques
Cass. ch. Mixte	Arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. civ.	Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de Cassation
coll.	Collection
CMF	Code monétaire et financier
CCC	Contrats, Concurrence, Consommation
comp.	Comparer
concl.	Conclusions
C.G.P. Co	Code général du procès colombien
CPC	Code de procédure civile français
CPCE	Code des procédures civiles d'exécution en droit français
C.O.	Code des obligations (Suisse)
<i>contra</i>	en sens inverse
D.	Recueil Dalloz
DA	Recueil Dalloz Analytique
D. aff.	Dalloz affaires
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Dig.	Digeste
e.a.	et alii (et autres)
éd.	édition
fasc.	Fascicule

ibidem	au même endroit
GJ	Gazette Judiciaire colombienne
GAJC	Grands arrêts de la jurisprudence française en droit civil
D. AJ	Recueil Dalloz, Actualité juridique
D. somm.	Recueil Dalloz, Sommaires commentés
DH	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz
DP	Recueil périodique Dalloz
D. IR.	Recueil Dalloz, Informations rapide
Dr. et pat.	Droit et patrimoine
dir.	Sous la direction
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>infra</i>	ci-dessous
<i>Inst.</i>	Institutes de Gaius
IRJS	Institute de recherche juridique de la Sorbonne
Jour. not. av.	Journal des notaires et des avoués
J-Cl.	Juris-Classeur
J-Cl Civil	Juris-Classeur Code civil
Jur. gén. Dalloz	Jurisprudence générale Dalloz
JCP E	Semaine juridique, édition entreprises et affaires
JCP G	Semaine juridique, édition générale
JCP N	Semaine juridique, édition notariale et immobilière
JO	Journal officiel
LPA	Les petites affiches
maj	Mise à jour
M.R.	Magistrat rapporteur
not.	notamment
n°	numéro
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
ord.	Ordonnance
part.	partie
préc.	précité
préf.	préface
rapp.	rapport
rappr.	rapprocher
rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
RDBB	Revue de droit bancaire et de la bourse
RDBF	Revue du droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
RD imm.	Revue de droit immobilier (Sirey-Dalloz)
RDI	Revue de droit international
Rép. civ.	Répertoire civil Dalloz
Rép. com.	Répertoire commercial Dalloz
Req.	Arrêt de la chambre de requêtes de la Cour de cassation
RG	Répertoire général
R. Soc.	Revue des sociétés
RGD	Revue générale du droit
RGDA	Revue générale de droit des assurances (à partir de 1996)
RIDC	Revue internationale de droit comparé

RJ com	Revue de jurisprudence commerciale, ancien Journal des agrées
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDA	Revue Lamy de droit des affaires
RLDC	Revue Lamy de droit civil
RPC	Revue des procédures collectives
RRJ	Revue de recherche juridique
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Recueil Sirey
Sec.	Section
Soc.	Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation
Somm.	Sommaire
SU	Sentence d'unification de la Cour de cassation colombienne
supra	ci-dessus
ss.	sous
t.	tome
trad.	traduction
V.	Voir
vol.	volume
v°	<i>verbo</i> , mot

SOMMAIRE

(Une table des matières détaillée figure à la fin de l'ouvrage)

PREMIÈRE PARTIE

L'IDENTIFICATION DE LA DOUBLE NATURE JURIDIQUE DE LA CESSION DE CRÉANCE

Titre I : La cession de créance : modification subjective et unilatérale d'un lien juridique

Chapitre I : L'analyse de la cession en un acte translatif d'obligation

Chapitre II : La remise en cause de l'analyse de la cession en un acte translatif d'obligation

Titre II : La cession de créance : transfert conventionnel et polyvalent d'un bien incorporel

Chapitre I : L'irréductibilité de la cession de créance à un acte translatif déterminé

Chapitre II : L'originalité de la cession de créance en tant que contrat générique de disposition

SECONDE PARTIE

LA PORTÉE DE LA DOUBLE NATURE JURIDIQUE DE LA CESSION DE CRÉANCE

Titre I : A l'égard du débiteur de la créance cédée

Chapitre I : Le débiteur, sujet passif de la modification de l'obligation

Chapitre II : Le débiteur, bénéficiaire d'une protection spéciale

Titre I : A l'égard des parties et des tiers

Chapitre I : La cession *inter partes*

Chapitre II : La cession et les tiers

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« Si on songe que tout l'effort des techniciens consiste justement à nous faire oublier les hommes dans le rapport juridique pour ne plus voir que le rapport, et qu'il leur apparaît comme le dernier mot du progrès juridique d'énoncer l'obligation comme la relation entre deux patrimoines, on jugera que cet appel à la loi morale apparaîtra à certains juristes comme une singulière régression dans l'histoire des idées juridiques. Mais, comme tout de même on a fini par s'apercevoir que toutes les constructions techniques imaginées depuis une quarantaine d'années, et qui ont été en partie inspirées du Code civil allemand, ont singulièrement troublé notre conception du droit sans nous apporter rien de bien satisfaisant, on pensera peut-être qu'il est permis aujourd'hui de chercher dans une autre voie, au risque d'être accusé de reprendre seulement de vieilles idées ».

G. RIPERT¹

1. Le rapprochement entre deux traditions juridiques aux origines communes peut parfois résoudre d'importants problèmes de sécurité juridique, notamment si l'un des deux systèmes n'est pas suffisamment intelligible tandis que l'autre est doté de solutions plus claires et d'une documentation abondante. Parfois même, alors que la comparaison avait pour but d'améliorer cette sécurité juridique, un aspect du sujet que chacun des deux systèmes occultait se trouve mis en lumière à cette occasion. Telle est la surprise qui s'offre à celui qui entreprend d'étudier la cession de créance en droit français et en droit colombien. En effet, si la cession de créance est expressément consacrée dans les Codes civils français et colombien, les analyses qu'elle suscite sont plus approfondies en droit français qu'en droit colombien. En dépit de cette différence, ces deux systèmes privilégient l'étude de la cession en tant qu'acte translatif de l'obligation activement, en confortant ainsi l'idée selon laquelle la possibilité de transférer l'obligation par acte entre vifs serait l'une des conquêtes de nos législations modernes. Certes, il est majoritairement admis que la novation et la *procuratio in rem suam* du droit romain permettaient d'aboutir aux mêmes résultats pratiques que ceux du dispositif contemporain de la cession de créance. Toutefois, les auteurs reconnaissent que ces procédés, permettant seulement un transfert indirect d'obligation, n'étaient pas dépourvus d'importantes difficultés dans leur mise en œuvre². La raison de cette « évolution » résiderait dans le changement d'approche de l'obligation dans nos législations modernes : l'obligation à Rome n'était qu'un rapport personnel alors que l'obligation

¹ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1925, n° 2, p. 5.

² À ce propos en droit français : J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, *Les biens, Les obligations*, PUF, coll. « Quadrige », rééd. 2004, n° 1234, p. 2457. Quant au droit colombien : M. CASTRO De CIFUENTES, « Transmisión de las obligaciones », *Derecho de las obligaciones*, M. Castro De Cifuentes (dir.), t. I, Ediciones Uniandes, Editorial Temis, 2010, n° 1, p. 67.

est devenue, avec nos systèmes juridiques modernes, un rapport entre deux patrimoines³. Autrement dit, la patrimonialisation ou l'objectivisation de l'obligation expliquerait le passage de son intransmissibilité dans le droit romain à sa transmissibilité dans nos législations actuelles. Mais est-il certain que la cession de créance permette le transfert d'une obligation ?

2. Si l'on examine attentivement les dispositions relatives à la cession de créance en droit français comme en droit colombien, on s'aperçoit qu'aucune n'affirme que la cession de créance opère un transfert d'obligation. Il est vrai que les deux systèmes juridiques consacrent le dispositif de la cession de créance en tant qu'acte translatif. En droit français, les règles originaires du Code Napoléon qui réglementaient la cession comme un type de vente ne laissaient place à aucun doute : la vente est l'acte translatif par excellence⁴. L'ordonnance du 10 février 2016 est venue modifier cette approche : la cession a été détachée du contrat de vente pour être traitée dans le cadre du régime général des obligations. Néanmoins, le législateur a pris soin de définir la cession comme étant « *le contrat par lequel le créancier, appelé cédant, transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre son débiteur (appelé débiteur cédé) à un tiers, appelé cessionnaire* ». En droit colombien, bien que la cession de créance ne soit pas traitée dans le Code civil dans le chapitre dédié à la vente mais dans un chapitre indépendant, parmi les contrats spéciaux, la nature translative de la cession n'est pas non plus mise en question. Ce caractère s'explique par la vision majoritairement admise, tant par la doctrine que par la jurisprudence, selon laquelle la cession de créance serait l'acte de tradition d'une créance⁵ ; acte translatif par excellence⁶. Pour bien comprendre cette qualification, il importe de souligner que le législateur

³ E. GAUDEMET, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, Editions Panthéon-Assas, rééd. 2014, p. 28-29 : « Si l'obligation est exclusivement un lien personnel, le changement de personne l'anéantira, et il faudra substituer au lien ancien un lien nouveau. Si au contraire elle est exclusivement une partie du patrimoine, elle pourra, sauf modification, passer d'un créancier à un autre créancier, ou d'un débiteur à un autre débiteur, de même qu'un droit de propriété circule sans s'altérer. Or, de ces deux conceptions opposées, la première est celle du droit romain, et probablement de toutes les législations anciennes ; et c'est vers la seconde que tend le développement juridique moderne ». Voir également en ce sens la présentation du professeur Larroumet lors du Congrès tenu au Mexique au sujet de la transmission de l'obligation : Ch. LARROUMET, « Présentation », in *La transmission de l'obligation*, Editions Panthéon-Assas, colloques, 2017, p. 9 : « Or, il n'existait pas, en droit romain, de transmission inter vivos de l'obligation, du moins avant l'époque de Justinien, quand la cession de créance fut admise pour la première fois. La raison de cette lacune était une conception subjectiv de l'obligation selon laquelle la relation d'obligation entre un créancier et un débiteur était considérée comme un lien entre deux personnes et non entre deux patrimoines ».

⁴ J. DUBARRY, *Le transfert conventionnel de propriété, Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, Préf. B. Dauner-Lieb et R. Libchaber, LGDJ, 2014, n° 4, p. 4-5 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, *Les biens, Les obligations*, op. cit., n° 776, p. 1707 : « En raisonnant de préférence sur la vente, mode le plus usuel d'acquisition par contrat, et spécialement sur la vente d'immeuble, la complexité de notre droit positif a suggéré de soumettre à une révision, sous divers angles, le schéma simplificateur de l'art. 1138 ».

⁵ Voir not. F.-A. CASTILLO MAYORGA, « La cesión de crédito », *Los contratos en el Derecho privado*, F. Mantilla et F. Ternera (dir.), Universidad del Rosario & Legis, 2009, p. 417 ; F. VÉLEZ, *Derecho civil colombiano, Código civil y leyes complementarias*, t. VIII, Editorial jurídica de Chile, 1997, p. 322-324 ; R. MEZA BARRIOS, *Manual de Derecho civil*, t. I, Colección Manuales jurídicos, p. 168 – 169 ; A. DE LAVEGA VÉLEZ, *Bases del derecho de obligaciones, conferencias*, 1^{re} éd., Temis, 1976, n° 286, p. 271-272.

⁶ Rappelons que la tradition était l'un des modes d'acquérir la propriété par acte entre vifs en droit romain : Ph CHAUVIRE, *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens*, Préf. Th. Revet, LGDJ, 2013, n° 18, p. 10 : « En droit romain, les conventions ayant pour objet le transfert de la propriété ne pouvaient pas l'opérer par elles-mêmes. Elles devaient impérativement être complétées par un mode d'acquisition : la mancipatio, l'in iure cessio ou encore la traditio » ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, *Les biens, Les obligations*, op. cit., n° 770, p. 1699 : « Le droit romain à l'état pur séparait catégoriquement les conventions et les modes d'acquérir. Une convention pouvait bien engendrer des obligations personnelles, ainsi l'obligation de transférer la propriété, mais elle ne pouvait transférer la propriété directement. Après avoir conclu la convention, les parties devaient ramener à exécution l'obligation, qui en découlait, de transférer la

colombien, à la différence de son homologue français, a consacré dans le Code civil la distinction entre le titre d'acquisition de la propriété et le mode d'acquisition de propriété : une chose est le contrat ou acte créateur de l'obligation de donner ; autre chose est le mode d'acquisition ou tradition, acte d'exécution de l'obligation de donner⁷. C'est en raison de cette différenciation entre le titre et le mode d'acquisition en matière de biens que la doctrine majoritaire et la jurisprudence colombiennes ont trouvé un terrain fertile pour affirmer que la cession de créance ne serait que l'acte de tradition d'une créance, ou, plus précisément, l'acte permettant d'exécuter l'obligation de donner une créance ; obligation issue d'un contrat de vente ou de donation de créance, par exemple, titres d'acquisition de la propriété.

Mais, malgré la reconnaissance du caractère translatif de la cession en droit français et en droit colombien, on ne trouve aucune disposition énonçant expressément que l'objet de la cession est le transfert d'une obligation. On nous objectera qu'une telle précision n'est pas nécessaire : la créance étant l'obligation envisagée activement⁸, la possibilité de céder une créance reconnue par nos législateurs ne serait rien d'autre que la reconnaissance de la possibilité de transférer activement une obligation par acte entre vifs. La récente réforme du droit français pourrait être interprétée en faveur de cette position, car le législateur a réglementé la cession de créance dans un nouveau chapitre dédié « aux opérations sur les obligations ». Par ailleurs, cette conception semble être approuvée par certains systèmes juridiques étrangers dans lesquels la cession de créance est expressément réglementée dans une catégorie regroupant « les opérations translatives d'obligation »⁹.

En dépit de l'enracinement de cette approche, est-il certain que la créance ne soit que l'obligation envisagée d'un point de vue actif ? Pour y répondre, il convient, en premier lieu, de s'attarder sur l'origine de cette acception classique.

3. L'idée selon laquelle la créance ne serait que l'obligation envisagée activement peut s'expliquer par l'incidence de la théorie du droit subjectif sur l'analyse de la notion d'obligation héritée du droit romain. Plus précisément, l'analyse de la situation du créancier dans le rapport d'obligation

propriété, en procédant à une opération juridique distincte, qui seule avait le pouvoir d'accomplir le transfert : mancipatio, in jure cessio, modes d'aliéner formalistes que devait plus tard supplanter la traditio, simple remise de la possession ».

⁷ La tradition en droit colombien, mode d'acquisition de la propriété à côté de l'occupation, l'accession, la succession à cause de mort et la prescription (article 673 du Code civil colombien) est réglementée par les articles 740 et suivants du Code civil colombien.

⁸ P. PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, LGDJ, Schulthess Editions romandes, 2008, n° 1504, p. 334 : « Trois notions se réfèrent à la même réalité, en fonction de points de vue différents » ; cf. n° 1505, p. 334 : « **La dette**, qui désigne le devoir du débiteur de payer quelque chose », cf., n° 1506, p. 334 : « **La créance**, qui désigne le droit du créancier d'exiger quelque chose (...) **L'obligation**, qui désigne le lien juridique entre créancier et débiteur du point de vue du tiers ».

⁹ En droit brésilien, par exemple, la cession de créance est traitée dans un chapitre relatif à la transmission des obligations (voir les articles 286 et suivants du Code civil brésilien de 2002). En droit mexicain également, la cession de créance est analysée en un acte translatif d'obligation : voir en ce sens les articles 2029 et suivants du Code civil fédéral.

en termes de droit subjectif est venue bouleverser la conception romaine de l'obligation. En effet, lorsqu'il a été question d'expliquer la situation du créancier dans le rapport d'obligation, une frange importante de la doctrine moderne a conclu à la reconnaissance d'un droit subjectif en faveur du créancier¹⁰. Ce droit subjectif de créance aurait deux caractéristiques principales.

4. Le droit de créance serait, en premier lieu, un droit personnel ; par opposition à un droit réel. Cette distinction est majoritairement admise en France¹¹ et en Colombie¹², même si elle est parfois fortement critiquée¹³. Le caractère personnel du droit de créance s'expliquerait par le fait qu'il aurait pour objet l'activité d'une personne -l'exécution d'une prestation de la part du débiteur- ; par opposition au droit réel ayant une chose directement pour objet¹⁴. Même si le Code civil français ne contient aucune disposition expresse en ce sens, la proposition de réforme de son Livre II relatif aux biens, impulsée par l'Association Henri Capitant, allait dans ce sens. En effet, l'article 523 de cette proposition disposait que « *le droit personnel est celui du créancier d'une obligation à l'encontre de son débiteur* ». Le Code civil colombien propose quant à lui une définition de la créance qui conforte son appréhension en tant que droit personnel : « *Les droits personnels ou des créances sont ceux qui seulement peuvent être exigés de certaines personnes qui, pour un fait propre ou par disposition de la loi, se sont obligées corrélativement ; tels que celui qu'a l'emprunteur à l'encontre de son débiteur pour l'argent prêté, ou le fils à l'encontre de son père pour les aliments. De ces droits naissent des actions personnelles* »¹⁵. Le *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, dans le premier sens accordé au terme « *créance* », coïncide avec la définition précitée : « *droit personnel, en vertu duquel une personne nommée créancier peut exiger d'une autre nommée débiteur l'accomplissement d'une prestation (donner, faire ou ne pas faire quelque chose)* »¹⁶. Ainsi, la créance constituerait le droit du créancier d'exiger l'accomplissement d'une prestation déterminée de la part de son

¹⁰ Voir à propos des origines de cette conception : G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Préf. F. Leduc, Dalloz, 2012, n°s 217 et s., p. 141 et s.

¹¹ Ch. LARROUMET et A. AYNES, *Traité de droit civil*, t. I, *Introduction à l'étude du droit*, 6^e éd., Economica, 2013, n° 145, p. 89 ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. « Thémis », 2011, p. 156.

¹² A. VALENCIA ZEA et A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, t. II, *Derechos reales*, *op. cit.*, n° 1, p. 2 ; F. ARIAS GARCÍA, *Bienes civiles y mercantiles*, *op. cit.*, n° 2, p. 34-35.

¹³ Voir à propos de ces critiques : J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, avec le concours de M. Fabre-Magnan, *Introduction au droit civil*, *op. cit.*, n° 201, p. 153 ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005, n°30, p. 250 ;

¹⁴ P. PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, *op. cit.*, n° 711, p. 178 : « *Les obligations ont un caractère relatif, c'est-à-dire que le créancier ne peut exiger un comportement que d'une personne déterminée, le débiteur. Le vendeur ne peut p.ex. exiger le paiement du prix de vente que de l'acheteur et de personne d'autre. Un droit réel en revanche permet d'exiger un comportement d'abstention (ne pas avoir un comportement qui entrave la maîtrise de la chose) de n'importe quel tiers : il a donc un caractère absolu* ».

¹⁵ Article 666 du Code civil colombien.

¹⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, 11^e éd., PUF, coll. « Quadrige » 2016, V° « Créance ».

débiteur¹⁷. Autrement dit, la créance représenterait un pouvoir légitime reconnu en faveur du créancier contre son débiteur pour l'exécution de la prestation due¹⁸.

5. La seconde caractéristique serait le caractère patrimonial du droit de créance. Celui-ci constituerait donc un droit subjectif patrimonial. La doctrine n'est cependant pas unanime quant au critère à retenir pour affirmer la patrimonialité du droit de créance. Même si la doctrine majoritaire affirme une patrimonialité directe du droit de créance, certains auteurs défendent davantage l'idée d'une patrimonialité indirecte.

Pour les partisans d'une approche directe de la patrimonialité du droit de créance, quatre critères principaux peuvent être évoqués. Le premier critère est celui du rattachement de la créance au patrimoine en raison de la possibilité de sanctionner sa violation par des dommages et intérêts¹⁹. Le deuxième critère est celui de l'incidence directe de la créance dans le patrimoine du créancier²⁰. Le troisième critère est celui de la saisissabilité²¹. Enfin, le quatrième critère, la possibilité de mobilisation de la créance, serait le facteur déterminant de sa patrimonialité. Ainsi, seules les créances pouvant être l'objet d'une circulation entre patrimoines, en échange d'un prix²² ou non²³, devraient être considérées comme patrimoniales. Aucun de ces quatre critères n'est toutefois pleinement convaincant. S'agissant du premier, on peut y voir un procédé artificieux dans la mesure où la violation de tous les intérêts, patrimoniaux ou non, donne lieu à une réparation monétaire²⁴. Le deuxième présente le risque d'exclure du patrimoine certaines créances comme, par exemple, celles relatives aux services à la personne, dans la mesure où leur incidence directe sur le patrimoine du créancier n'est pas aisée à établir²⁵. Le troisième est

¹⁷ Voir cependant les critiques à l'encontre de cette analyse classique : S. GINOSSAR, « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD civ.*, 1962, p. 573-589 ; Voir J. DABIN, « Une nouvelle définition du droit réel », *RTD civ.*, 1962, p. 20-44 ; S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960.

¹⁸ J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, avec le concours de M. Fabre-Magnan, *Introduction au droit civil, op. cit.*, n° 201, p. 153 ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques, op. cit.*, n° 30, p. 250.

¹⁹ Voir à propos de ce critère et ses défauts : J. FRANÇOIS, « Les créances sont-elles des biens ? », *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, n° 38, p. 174.

²⁰ J. FRANÇOIS, *ibidem*, n° 39, p. 175.

²¹ P. BERLIOZ, *La notion de bien*, LGDJ, 2007, n° 679.

²² Sur l'idée selon laquelle la cessibilité de la créance en fait un bien : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, 9^e éd., Sirey, 2015 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Régime général*, 6^e éd., Litec, 1999, G. RIPERT et J. BOULANGER, *Obligations*, t.II, Paris, 1957, n° 1299, p. 493.

E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz » 2004 (rééd. de l'éd. de 1937), n° 449, p. 12.

²³ P. MALAURIE, *Droit civil, Théorie des obligations*, fasc. IV, *Régime des obligations, Les cours de droit*, 1982, n° 564.

²⁴ J. FRANÇOIS, *op. cit.*, n° 38, p. 174-175 ; P. BERLIOZ, *La notion de bien, op. cit.*, n° 676. Voir aussi : N. HAGE-CHAHINE, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, Préf. Y. Lequette, Editions Panthéon-Assas, 2017, n°128, p. 114 : « *Aujourd'hui, l'opinion défendue par Pothier est dépassée. Le droit positif offre au créancier de l'obligation extrapatrimoniale plusieurs moyens lui permettant d'obtenir la satisfaction de son intérêt moral* » et ensuite l'auteur précise : « *Tout d'abord, l'inexécution de l'obligation extrapatrimoniale peut être sanctionnée par l'octroi de dommages et intérêts. L'indemnisation du préjudice moral est aujourd'hui admise sans discussion. La jurisprudence accorde la compensation de dommages de nature extrapatrimoniale en matière contractuelle et en matière extracontractuelle* » (*op. cit.*, n° 129, p. 114).

²⁵ J. FRANÇOIS, *ibidem*, n° 39, p. 175 ; R. SAVATIER, « La vente de services », *D.* 1971, Chr., spéc. n° 23, p. 223.

discutable dans la mesure où il exclut du patrimoine toutes les créances non monétaires ; celles-ci étant les seules pouvant faire l'objet d'une saisie²⁶. Enfin, le quatrième critère est critiquable dans la mesure où la restriction à la circulation d'un bien ne doit pas conduire à refuser son caractère patrimonial. Un auteur a pu souligner que l'extra-commercialité est un critère qui touche précisément aux choses patrimoniales²⁷. La patrimonialité deviendrait alors le présupposé fondamental de la détermination des choses en dehors du commerce²⁸.

En revanche, pour les partisans d'une conception indirecte de la patrimonialité du droit de créance, il s'agit d'affirmer que c'est en raison de la patrimonialité de la prestation de l'obligation que la créance peut être qualifiée de bien²⁹. Plus précisément, le caractère patrimonial de la créance s'expliquerait par le fait que la prestation aurait pour objet de l'argent, ou bien des choses ou services évaluables en argent sur un marché³⁰. Cette analyse ne devrait pourtant pas conduire à confondre l'évaluation de la créance avec celle de la prestation. Le droit de créance, en tant que droit personnel, ne confère que le droit d'exiger du débiteur l'accomplissement de la prestation due, sans garantir son obtention. Les cessions de créance à titre onéreux renforceraient cette analyse. En effet, le prix de la cession ne correspond pas forcément au montant de la prestation due par le débiteur. La raison en est que ce dernier assume les difficultés éventuelles de recouvrement de la créance cédée : « *Lorsqu'on affirme que le droit est évaluable en argent, on suppose en effet qu'il a une valeur indépendante de celle de la prestation qui en est l'objet. Au demeurant, si le droit de créance confère le pouvoir d'exiger la prestation ; il ne garantit pas l'obtention. Il comporte par essence un aléa sur celle-ci qui dépend de la diligence du débiteur et de sa solvabilité* »³¹.

²⁶ En ce sens, l'article 42 de la Loi n° 92-644 du 13 juillet 1992 : « *Tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut, pour en obtenir le paiement, saisir entre les mains d'un tiers les créances de son débiteur portant sur une somme d'argent, sous réserve des dispositions particulières à la saisie des rémunérations prévues par le code du travail* ». Voir à ce propos : J. FRANÇOIS, *ibid.*, n° 40, p. 175-176 : « *M. Berlioz n'en conclut pas moins que la cessibilité (et donc la saisissabilité) des créances constitue « le principe » est donc « que les créances ont par principe vocation à être des biens ». Cette affirmation est en réalité illusoire. Le prétendu principe ne concerne guère que les créances pécuniaires, dans la mesure où elles sont saisissables. A contrario, le critère tiré de la cessibilité et de la saisissabilité achoppe une nouvelle fois sur les créances en nature* ».

²⁷ F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du code civil*, Préf. J. Ghestin, LGDJ, 2002, n° 97, p. 77.

²⁸ F. PAUL, *ibidem* ; P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD civ.*, 1966, p. 185-215.

²⁹ J. FRANÇOIS, « Les créances sont-elles des biens ? », art. préc., n° 41, p. 176 : « *Comme nous venons de le voir, la patrimonialité est fuyante tant que l'on cherche à en faire un attribut direct du droit de créance. En effet, les créances en nature ne sont ni susceptibles d'évaluation monétaire ni même toujours rattachables au patrimoine de leur titulaire. Rien n'interdit cependant de déplacer le projecteur pour le braquer sur la prestation et plus exactement sur la chose ou le service dus au créancier. Il apparaît alors que la prestation est toujours patrimoniale, dans la mesure où les choses que le débiteur est tenu de délivrer ou de fabriquer, tout comme les services qu'il est tenu d'accomplir, sont évaluables en argent* ». Rappr. N.M.K GOMMA, *Théorie des sources de l'obligation*, Thèse Paris, 1968, n° 281 : « *L'objet de l'obligation est toujours un bien ou un service, une action, une abstention ou un transfert. Cet objet doit être de nature pécuniaire, c'est-à-dire économiquement appréciable* » ; M. BILLIAU, *La transmission des créances et des dettes*, LGDJ, 2002, n° 1, p. 3.

³⁰ Voir not. : L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français, Théorie générale du droit et des droits, les personnes, la famille, la propriété et les autres droits réels principaux*, *op. cit.*, n° 104, p. 85 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, avec le concours de M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil*, *op. cit.*, n° 215, p. 168-169 ; J.-L. Aubert et E. Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 15^e éd., Sirey, 2014, n° 201, p. 216 ; Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t.I, *Introduction à l'étude du droit privé*, 5^e éd., Economica, 2006, n° 451, p. 294. En droit colombien : A. VALENCIA ZEA et A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, t. II, *Derechos reales*, *op. cit.*, §14, p. 34.

³¹ J. FRANÇOIS, « Les créances sont-elles des biens ? », art. préc., n° 32, p. 169.

Il est intéressant de souligner que la thèse de la patrimonialité indirecte du droit de créance est prédominante au sein de la doctrine italienne. Cela peut s'expliquer par l'existence d'une disposition dans le Code civil italien prévoyant la nécessaire patrimonialité de la prestation. Plus précisément, l'article 1174 du Code civil italien dispose que la prestation, objet de l'obligation, doit être susceptible d'évaluation économique³² et doit correspondre à un intérêt du créancier, même si celui-ci n'est pas patrimonial. Les auteurs italiens affirment que l'exigence d'évaluation économique de la prestation, considérée pour elle-même, obéit à une raison fondamentale : l'éventualité de l'inexécution de la prestation de la part du débiteur. En effet, en cas d'inexécution de la prestation, le créancier peut demander l'exécution forcée de l'obligation pourvu que cela ne porte pas atteinte à la liberté personnelle du débiteur. Le cas échéant, le créancier pourrait réclamer un équivalent pécuniaire³³ à la prestation non réalisée.

Il est vrai que ni le Code civil français, ni le Code civil colombien ne prévoit de disposition comparable à l'article 1174 du Code civil italien relative au caractère patrimonial de la prestation. Cela ne signifie pour autant qu'une telle exigence soit ignorée dans nos ordonnancements juridiques. La nécessité du caractère patrimonial de la prestation peut se déduire des dispositions relatives à l'exécution forcée en cas d'inexécution de l'obligation de la part du débiteur. En droit français, si le principe est celui de l'exécution en nature (nouvel article 1221 du Code civil)³⁴, le nouvel article 1231-1 issu de l'ordonnance du 10 février 2016 reconnaît l'exécution par équivalent³⁵. Quant au droit colombien, les articles 1605 et suivants du Code civil disposent dans le même sens.

6. Indépendamment du critère adopté, c'est précisément l'appréhension du droit de créance en tant que droit subjectif patrimonial qui a entraîné un important bouleversement de la notion d'obligation romaine : alors que celle-ci exprimait l'idée d'un lien entre le créancier et le débiteur, et plus exactement d'un état d'assujettissement du second envers le premier, le développement de la théorie du droit subjectif a permis d'orienter l'analyse vers la situation du créancier afin de mettre en

³² Voir à propos du caractère patrimonial de la prestation : S. SCHIPANI, « Problemas sistemáticos en el derecho romano: la obligatio », *Obligaciones, Contratos, Responsabilidad*, Grupo para la armonización del derecho privado latinoamericano, Universidad Externado de Colombia, 2011, p.35.

³³ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni, Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Dott. A Giuffrè editore, 1953, p. 52.

³⁴ Aux termes du nouvel article 1221 du Code civil, « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ». Voir art. 1^{er} de la Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution : « Tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard ».

³⁵ Selon le nouvel article 1231-1 « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure ».

avant le fait que celui-ci bénéficiait d'un droit subjectif patrimonial³⁶. C'est avec l'appréhension du droit de créance en tant que droit subjectif patrimonial qu'a été développée l'idée d'une conception objective de l'obligation selon laquelle celle-ci serait essentiellement un rapport entre deux patrimoines³⁷. Cette approche expliquerait que l'obligation soit transmissible ; la cession de créance en témoignerait.

7. Si cette analyse prédomine en ce qui concerne la possibilité pour le créancier de céder sa créance, il n'en va pas de même quant à la possibilité pour le débiteur de céder sa dette³⁸. Le Code Napoléon et le Code civil colombien semblent conforter cette conception, car si la cession de créance est un dispositif bénéficiant d'une consécration expresse, il n'en va pas de même quant à la cession de dette³⁹. Il est vrai que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 viennent de consacrer, aux nouveaux articles 1327 et suivants du Code civil, la possibilité pour un débiteur de céder sa dette. Mais le nouvel article 1327 du même code dispose que l'accord du créancier est nécessaire pour que la cession de dette puisse avoir lieu⁴⁰. L'exigence du consentement du créancier pour la réalisation de la cession de dette révèle que celle-ci, telle que conçue par le législateur français, ne serait pas le pendant de la cession de créance⁴¹ ; même si une partie de la doctrine affirme que le fait de ne pas admettre un transport privatif de la créance opposable au créancier sans son adhésion n'équivaut pas à refuser la possibilité de céder une dette⁴². L'exclusion d'une symétrie entre la cession de créance et la cession de

³⁶ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, op. cit., n° 216, p. 139 : « Pendant toute cette période, qui s'étend à peu près jusqu'au XVI^e siècle, l'obligation ne cessera jamais d'être un lien objectif d'astriction-même si ce lien s'intellectualise davantage. En tant que notion elle n'est, comme en droit romain, envisagée que du point de vue du débiteur. Le droit subjectif de créance n'apparaît en tant que tel ni chez les exégètes du droit romain, ni chez les canonistes, ni dans les coutumiers du début de l'Ancien Régime (...). L'obligation paraît ainsi amputée de l'idée de droit personnel. Cette composante, on l'a dit, n'est pas romaine. Elle est le fruit d'une mutation de la pensée juridique qui trouve sa source dans les travaux des romanistes du XVI^e siècle ».

³⁷ E. GAUDEMET, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, op. cit., p. 31 : « La notion d'obligation est devenue une notion économique et purement objective. L'obligation de faire elle-même se résout, en cas d'inexécution, en obligation de somme d'argent » ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, op. cit., n° 353, p. 349 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 1271, p. 1318. Pour le même raisonnement en droit colombien : H. D. VELÁSQUEZ GÓMEZ, *Estudio sobre obligaciones*, Temis, 2010, n° 533, p. 1018.

³⁸ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XXV, Bruxelles, Paris, 3^e éd., 1878, n° 211 : « Si on cède ses créances, on ne cède pas ses dettes ». Cf., t. XXIV, n° 529 : « Le Code n'admet pas que les dettes puissent être cédées ; le débiteur est lié envers le créancier et il ne peut pas se dégager de ce lien ».

³⁹ P.-Y. GAUTIER, « Aubry et Rau toujours hors-la loi : la querelle sur la transmission de la dette à l'ayant cause particulier se poursuit », *RTD civ.*, 1998, p. 399.

⁴⁰ Voir à propos de la portée de cette exigence : O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., art. 1327 et s., p. 655 et s. ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 877 et s., p. 750 et s.

⁴¹ Pour certains auteurs, il existerait une difficulté insurmontable à admettre une « véritable cession de dette » : A. SERIAUX, *Droit des obligations*, 2^e éd., PUF, 1998, n° 179, p. 655. Voir également la conception de cet auteur selon laquelle la dette ne serait pas un élément du patrimoine : A. SERIAUX, « La notion juridique du patrimoine, Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.* 1994, 803 et s. « On ne peut enlever un débiteur à son créancier, ni lui en attribuer une autre à la place, sans son consentement, la personnalité du débiteur jouant un rôle essentiel pour le créancier et la fongibilité n'existant pour les personnes » a dit un tribunal dans un jugement remarqué ». Voir TGI Strasbourg, 24 mars 1971, *D.* 1973, 16, note Ch. Larroumet.

⁴² E. GAUDEMET, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, op. cit., p. 11

dette ne devrait donc pas être comprise comme la possibilité de céder la première et l'impossibilité de céder la seconde⁴³.

8. Cette différence de traitement entre la cession de créance et la cession de dette ne témoignerait-elle pas, au fond, des inconvénients de l'analyse classique selon laquelle la créance, la dette et l'obligation ne seraient qu'une seule et même chose⁴⁴ ? Comment peut-on, en effet, expliquer que si le transfert de la créance est possible en raison de la nature patrimoniale de l'obligation, le transfert de la dette n'est pas possible, alors que la dette ne serait que l'obligation envisagée passivement⁴⁵ ? Si l'obligation se réduit donc à un rapport entre deux patrimoines et si la dette n'est que l'obligation envisagée passivement, il conviendrait de conclure à la possibilité de transférer la dette, à l'instar du traitement accordé à la créance⁴⁶.

Par ailleurs, comment pourrait-on expliquer que les dettes soient transmises à cause de mort mais qu'elles ne puissent l'être par acte entre vifs ? Certes, la doctrine majoritaire en France comme en Colombie affirme que le fondement de la transmissibilité des dettes à cause de mort est le principe de la continuation de la personne du *de cuius* par l'héritier⁴⁷. Ainsi, la transmissibilité des dettes à cause de mort ne devrait pas nécessairement conduire à leur cessibilité entre vifs. Cependant, il importe de rappeler que le principe de la continuation de la personne du *de cuius* par l'héritier est aussi le fondement qui justifie la transmissibilité des créances à cause de mort alors que la cessibilité de celles-ci par acte entre vifs s'explique par leur nature patrimoniale. La reconnaissance du principe de la continuation de la personne du *de cuius*

⁴³ Ph. SIMLER, « Cession de dette, cession de contrat », in V. FORTI et L. ANDREU (dir.), *Le nouveau régime général des obligations*, Dalloz, 2016, p. 102 : « C'est dire qu'une simple symétrie doit être exclue. Une cession de dette ne saurait, pour cette raison, se contenter d'une signification, encore moins d'une simple notification. Cette différence, pour importante qu'elle soit, n'est toutefois nullement exclusive du principe même de la cessibilité d'une dette ».

⁴⁴ Voir G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, op.cit., n° 11, p. 10-11 : « L'exemple le plus criant réside dans l'opposition qui existe entre cession de dette et cession de créance. Sans qu'il soit besoin pour l'instant d'en étudier le détail ; la différence de traitement des deux mécanismes interpelle. La cession de créance est admise par le Code civil, qui lui consacre ses articles 1689 et suivants. Mais à l'inverse, la cession de dette n'a pas droit de cité. L'opinion est très largement partagée : il n'est pas possible, en droit français, qu'un débiteur transmette sa dette à un autre débiteur comme un créancier transférerait son droit à un autre créancier. Cette réalité dément l'idée d'une dette qui ne serait séparée de la créance que par une simple différence de point de vue ».

⁴⁵ Voir Ph. SIMLER, « Cession de dette, cession de contrat », in *Le nouveau régime général des obligations*, art. préc., p. 100 : « Si le lien d'obligation peut ainsi être transmis sans rupture par un cédant à un cessionnaire dans sa dimension active, pourquoi ne pourrait-il pas l'être dans sa dimension passive ? Si A, créancier de B, cède sa créance, ou si B, débiteur de A, cède sa dette, c'est bien du même lien d'obligation qu'il s'agit. Pourquoi ce qui est possible dans un sens serait-il conceptuellement impossible dans l'autre ? » ; qui se sert pourtant de ce raisonnement en faveur de la reconnaissance de la cession de dette.

⁴⁶ Voir Ch. LARROUMET, « La cession de contrat : une régression du droit français ? in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, n° 9, p. 159 : « Pourtant, on ne peut logiquement admettre, eu égard à la conception que l'on a de l'obligation, une solution différente selon qu'il s'agit de la transmission active ou bien de la transmission passive. On ne peut affirmer que l'obligation est plus objective du côté de la créance et qu'elle est plus personaliste du côté de la dette. La notion est unitaire. Dès lors, la cession doit être envisagée de la même façon, qu'il s'agisse de la créance ou de la dette ».

⁴⁷ En droit français : F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1272, p. 1320 : « Que les obligations soient transmissibles à cause de mort, activement et passivement, est aujourd'hui une évidence : les héritiers sont les continuateurs de la personne du défunt ». En droit colombien : H. D. VELASQUEZ GOMEZ, *Estudio sobre obligaciones*, op.cit., n° 533, p. 1018.

par l'héritier n'exclut donc pas d'admettre la possibilité de céder les créances par acte entre vifs sur le fondement de la prétendue nature « objective » de l'obligation.

On peut donc relever quelques inconvénients de l'analyse traditionnelle selon laquelle la créance, la dette et l'obligation ne seraient qu'une seule et même chose mais envisagée d'un point de vue différent. Si tel était le cas, les mêmes conclusions devraient semble-t-il s'imposer quant à la possibilité de céder la créance et la dette. La divergence de traitement entre celles-ci serait-elle l'un des signes de la nécessité, en réalité, de distinguer entre la créance, la dette et l'obligation ? Il s'agit précisément d'une position que l'on peut observer chez une partie de la doctrine contemporaine française.

9. En effet, certains auteurs contemporains français mettent en cause la vision classique selon laquelle la créance ne serait que l'obligation envisagée activement. L'obligation serait un lien ou rapport juridique entre deux sujets, alors que la créance et la dette ne seraient que des effets de l'obligation. L'obligation et la créance ne seraient donc pas une seule et même chose. Le rapport entre l'obligation et la créance est reconnu comme étant indéniable cependant, il ne devrait pas se traduire par une confusion des deux notions. Ce courant est représenté par plusieurs auteurs⁴⁸.

En outre, même si conformément à certaines définitions l'« obligation » est parfois assimilée à la dette, on peut constater qu'il n'en va pas de même de la créance. Par exemple, le *Lexique des termes juridiques* définit l'obligation, au sens étroit du terme, comme le « *lien de droit entre deux personnes par lequel l'une, le débiteur, est tenue d'une prestation vis-à-vis de l'autre, le créancier* »⁴⁹. L'obligation serait donc, conformément à cette acception, synonyme de dette ; elle représenterait la « face négative » de la créance. En d'autres termes, si l'obligation est ici assimilée à la dette, elle n'est, en revanche, pas assimilée à la créance.

10. En définitive, la nécessité de distinguer entre la créance, la dette et l'obligation se justifie notamment par le fait que « *notre théorie de l'obligation s'est logée dans les formes romaines alors que nous sommes très loin de la conception romaine* »⁵⁰. En effet, comme certains auteurs l'ont souligné, à Rome « *ce qu'on appelle jus n'est pas le pouvoir du créancier, le droit de créance, mais l'obligation elle-même, le vinculum juris, le rapport liant objectivement le créancier et le débiteur* »⁵¹. L'obligation était donc davantage envisagée comme

⁴⁸ Voir not. M. BILLIAU, *La transmission des créances et des dettes*, *op. cit.*, n° 10, p. 14 ; Ch. GARREAU, « Saisie-attribution, procédure collective et créances contractuelles », *RTD com.*, juillet/septembre 2004, spéc. n° 7, p. 416 ; G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, *op. cit.* ; A. RAKOTOVAHINY, *L'évolution de la notion de créance*, thèse Paris, 1999.

⁴⁹ *Lexique des termes juridiques*, 24^e éd., Dalloz, 2016-2017 ; Voir : « Obligation ».

⁵⁰ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, n° 207, p. 389-390.

⁵¹ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Quadrige, PUF, 2009, p. 246.

le lien pesant sur le débiteur. Rappelons à cet égard la célèbre formule léguée aux Français et aux Colombiens par Justinien⁵² : *Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civilitatis jura*⁵³. En outre, indépendamment des divergences quant à l'origine de l'obligation telle qu'on la connaît aujourd'hui, ou même des significations qu'elle peut avoir en fonction du domaine envisagé, la doctrine souligne que l'« idée qui constamment la caractérise est celle du lien »⁵⁴. Son étymologie nous conduit aux termes latins *ob* et *ligare*, qui signifient lier (*ligare*) de façon étroite (*ob*). Par ailleurs, certains auteurs qui ont dédié plusieurs études à la naissance de l'obligation dans le droit de la Rome antique ont pu aussi préciser que l'obligation au temps de la Grèce antique (συνάλλαγμα) désignait non seulement le lien mais aussi l'acte créateur de ce lien⁵⁵.

Par conséquent, le fait de reconnaître le caractère patrimonial de la créance ne devrait pas conduire à affirmer que l'obligation elle-même a une nature patrimoniale⁵⁶. Ainsi, ce qu'on qualifie aujourd'hui de « droit de créance » ne correspond pas à l'obligation telle qu'elle était conçue par les Romains. C'est pourquoi, la reconnaissance de la possibilité de céder la créance ne doit nous mener à admettre que c'est l'obligation elle-même qui est transmise.

11. C'est peut-être en raison du caractère « forcé » de l'identification de la créance à l'obligation et, par conséquent, de l'analyse de la cession de créance en un acte translatif d'obligation, que l'étude de la situation du débiteur de la créance cédée devient malaisée et brouillée.

D'une part, il est difficile de déterminer la qualité du débiteur de la créance cédée : certains auteurs affirment qu'il est une partie à la cession de créance ; d'autres auteurs, en revanche, prônent son appréhension comme un tiers à la cession. Ainsi, il convient de se demander si la difficulté de déterminer la qualité du débiteur dans le cadre de la cession ne résulte pas, précisément, de l'analyse de la cession en un acte translatif d'obligation. Ne ferait-on pas mieux de renoncer à cette lecture et

⁵² Voir à propos de la reprise de la définition des *Institutes* par plusieurs auteurs : R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. I, Rousseau, Paris, 1921, n° 2, p. 3 : « La définition des *Institutes* a fait fortune. Pothier la reproduit. Le code civil s'en est inspiré dans l'art. 1101 en définissant les contrats. Tous les auteurs modernes la reproduisent ou se contentent de la traduire ».

⁵³ *Dig.* 44, 7, 3 pr. selon cette formule, « L'obligation est le lien de droit par lequel nous sommes astreints à la nécessité de payer quelque chose à quelqu'un conformément au droit de notre cité » :

⁵⁴ D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF ; Voir : « Obligations », p. 1097. Voir également : G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., n° 203, p. 381 : « L'obligation n'est pas une simple relation entre deux patrimoines ; elle a toujours été et elle reste la soumission d'un homme à un autre homme, soumission qui ne peut être demandée et permise que pour des fins légitimes, qui doit être contrôlée dans son existence et dans son exécution par le législateur et par le juge ».

⁵⁵ J. GAUDEMET, « Naissance d'une notion juridique. Les débuts de l'"obligation" dans le droit de la Rome antique », *Archives de Philosophie du droit*, t. 44, Dalloz, 2000, p.22.

⁵⁶ Voir N. HAGE-CHAHINE, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, Préf. Y. Lequette, Editions Panthéon-Assas, 2017, n° 133, p. 116-117 : « Le critère proposé consacre une conception patrimoniale de l'obligation. Dans cette conception, la patrimonialité de l'obligation est admise à la manière d'un postulat qui ne fait plus l'objet d'une démonstration positive par les auteurs qui l'adoptent. Plusieurs manuels de droit des obligations affirment que l'obligation a un « caractère pécuniaire » sans aucune justification perceptible. On relève même des incohérences chez certains auteurs qui présentent l'obligation comme ayant un caractère pécuniaire, tout en reconnaissant l'existence d'obligations extrapatrimoniales ou ne conférant qu'un intérêt moral au créancier. Pourtant, aucun texte du Code civil n'exige la patrimonialité de l'obligation. Au contraire, la patrimonialité n'est pas de l'essence de l'obligation ».

de tenter de déterminer la qualité du débiteur de la créance cédée en partant de l'idée qu'il est partie à un lien juridique dont il ne fait que subir le changement de créancier ?

D'autre part, cette compréhension de la cession en un acte translatif d'obligation est à l'origine de la vision classique selon laquelle la cession de créance serait un acte neutre pour le débiteur⁵⁷, parce qu'elle ne ferait que transférer la même obligation dans le patrimoine du cessionnaire. Le débiteur ne subirait donc aucune modification dans sa situation juridique. Mais, à y regarder de plus près, une telle conclusion est peut-être hâtive⁵⁸. Que dire de l'hypothèse dans laquelle le créancier cède à différentes personnes une partie de la créance ? La cession de créance est-elle vraiment indifférente pour le débiteur lorsqu'il dispose d'un droit de compensation à faire valoir à l'encontre de son créancier originaire ? Ou encore, dans l'hypothèse d'une contre-lettre existant entre le créancier originaire et le débiteur, ce dernier pourrait-il l'invoquer à l'encontre du cessionnaire ? La neutralité de la cession de créance à l'égard du débiteur est contestable. Si l'on pense aux créanciers ayant fait remise du restant de leurs créances au Birotteau dans l'œuvre de Balzac⁵⁹ et au créancier Shylock dans *Le marchand de Venise*⁶⁰, il semble difficile d'affirmer que la personne du créancier est indifférente au débiteur.

12. Si obligation et créance ne se confondent pas, la conclusion selon laquelle un transfert de créance opère un transfert d'obligation ne s'impose pas non plus. Certes, la créance, comme la dette, sont des effets de l'obligation et, par conséquent, elles sont étroitement liées à celle-ci. Mais corrélation ne signifie pas identification : si le transfert de la créance a nécessairement des incidences sur l'obligation -le *vinculum juris*-, on ne doit pas conclure qu'il en résulte le transfert de celle-ci. En raison de la cession, le créancier originaire sort du rapport qui le lie à son débiteur pour laisser la place à quelqu'un d'autre qui viendra prendre sa position. La mise en avant de l'obligation en tant que lien juridique ne peut nous laisser indifférents à cette mutation. Il est important de redonner toute son

⁵⁷ Par exemple en droit français : E. GAUDEMET, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, op. cit., p. 35 : « De même on s'explique facilement que la succession aux créances devance la succession aux dettes. D'une part, la créance peut être conçue comme une valeur (...). D'autre part, le changement de créancier ne porte aucune atteinte aux intérêts du débiteur, tandis que le changement de débiteur peut être préjudiciable au créancier » (nous soulignons). Quant au droit colombien : C. GOMEZ ESTRADA, *De los principales contratos civiles*, 4^e éd., Temis, 2008, p. 149.

⁵⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, *Les biens, Les obligations*, op. cit., n° 1234, p. 2458 : « D'une façon générale, c'est seulement dans une théorie très abstraite de l'obligation qu'on peut considérer le changement de créancier comme indifférent au cédé : le rapport d'obligation est un rapport psychologique, et du créancier inconnu, le débiteur peut redouter un manque d'égards, voire une hostilité dramatique ».

⁵⁹ Honoré de Balzac, *Œuvres complètes*, Arvensa éditions, p. 5063 : « Moyennant l'abandon de vos valeurs, dit Camusot à Birotteau, vos créanciers vous font, à l'unanimité, remise du restant de leurs créances, votre Concordat est conçu en des termes qui peuvent adoucir votre chagrin ; votre Agrée le fera promptement homologuer : vous voilà libre ».

⁶⁰ SHAKESPEARE, *Le marchand de Venise*, Acte Quatrième, Scène I, à propos du billet prévoyant au profit de Shylock le droit d'exiger une livre de chair d'Antonio, celui-ci ayant manqué à son obligation de rembourser les trois milles ducats dans les trois mois fixés : « PORTIA : *Le procès que vous avez intenté est d'étrange nature. Cependant, vous êtes tellement en règle que les lois de Venise ne peuvent vous empêcher de le suivre* ».

importance à cet aspect. Mais cette proposition ne doit pas tromper. Il ne s'agit pas de renoncer à l'étude de la cession de créance du point de vue du droit des biens et des contrats spéciaux.

13. Certains auteurs, surtout en France, suggèrent cette idée en insistant sur le fait que les créances ne devraient pas s'analyser à l'aide des outils classiques du droit des biens⁶¹. La récente réforme en droit français, issue de l'ordonnance du 10 février 2016, semble conforter cette position. En privilégiant l'analyse de la cession de créance dans le cadre du régime général des obligations, le législateur semble avoir pris parti pour l'abandon de l'analyse de la cession à la lumière du droit des biens. Une telle conclusion ne s'impose pour autant pas ; la créance étant non seulement un effet de l'obligation, mais aussi un droit subjectif patrimonial qui ne se confond pas avec l'obligation elle-même. C'est pourquoi, nos législateurs ont intérêt à permettre, voire à encourager, sa circulation. Le fait de mettre en avant le rapport entre la cession et le droit des obligations ne doit pas cacher une autre réalité : la cession de créance a aussi nécessairement un rapport avec le droit des biens et des contrats spéciaux. Comment pourrait-on, sinon, expliquer les rapports entre le cédant et le cessionnaire et entre ceux-ci et les tiers ? En effet, il est indéniable que la cession opère le transfert d'un bien dont la particularité réside dans son caractère incorporel.

C'est ainsi que certaines règles méritent d'être adaptées afin qu'elles soient compatibles avec cette nature particulière, sans que cela signifie abandonner purement et simplement le recours à certains dispositifs propres au droit des biens comme, par exemple, l'exigence de la délivrance de la créance ou la garantie due par le cédant au cessionnaire. Il serait simplement nécessaire de bien délimiter le domaine d'application de telles règles et de se garder de les prendre en compte lorsqu'il est question d'analyser la situation du débiteur de la créance cédée. Ce dernier, en tant que sujet passif du lien d'obligation concerné par la cession, répétons-le, mérite un traitement spécial. De même, c'est en s'interrogeant sur la place de la cession de créance parmi les mécanismes classiques de circulation des biens que l'on peut encore constater l'originalité de la cession : celle-ci est un contrat polyvalent en ce sens qu'elle permet la réalisation d'opérations juridiques les plus variées.

⁶¹ N. THOMASSIN, *De la propriété : contribution à une théorie générale*, thèse Paris XI, 2009, n° 43 et s., qui récuse l'idée même d'une propriété des créances ; Voir L. ANDREU, *Du changement de débiteur*, Préf. D. Martin, Dalloz, 2010, n° 66, p. 90, qui sans refuser la qualité de bien à la créance, prône l'abandon de l'analyse de la cession de créance à la lumière du droit des biens : « *En réalité, si la cession de créance autorise un changement de créancier sans emporter la disparition de l'obligation, c'est pour l'unique raison que l'obligation n'est pas rétive à un changement de sujet. Il faut donc, semble-t-il, se décider à rejeter, une fois pour toutes, l'appréhension du mécanisme translatif d'obligation par le prisme déformant du droit des biens, pour l'envisager sous l'angle plus adapté du droit des obligations* » ; Ch. GIJSBERS, « Le nouveau visage de la cession de créance », *Dr. et pat.* n° 260, juillet-août, 2016, spéc. p. 48, note 3 où l'auteur salue le traitement de la cession de créance au sein de la théorie générale des obligations et, par conséquent, l'abandon de certaines notions telles que celles de « délivrance » ou de « tradition ».

14. A cet égard, l'analyse du droit colombien se révèle très éclairante pour comprendre les raisons de la considération de la cession en tant que contrat polyvalent. La position du législateur colombien, qui consacre la cession de créance dans le Code civil au Livre relatif aux contrats sans l'identifier à une vente, et la récente réforme du droit des obligations en droit français nous mettent en garde contre une vision réductrice qui envisage la cession de créance en un type de vente. Rappelons que le Code Napoléon identifiait, au moins d'un point de vue formel, la cession de créance au contrat de vente. Le législateur utilisait d'ailleurs les deux termes comme synonymes. La définition du vocable « cession » offerte par le *Lexique des termes juridiques*⁶² est révélatrice de cette confusion. Celle-ci est définie comme la « transmission d'un droit entre vifs », et, tout de suite après, un renvoi est fait au terme « vente ». Certes, même avant la réforme, la doctrine majoritaire française reconnaissait la possibilité de réaliser une cession de créance à d'autres titres que celui d'une vente. Cependant, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont levé tout doute à ce propos. En disposant expressément que la cession pouvait être réalisée à n'importe quel titre, gratuit ou onéreux, ils n'ont fait que conforter la polyvalence de la cession ; polyvalence dont les juristes colombiens sont coutumiers. De nombreuses questions surgissent de cet état de fait, notamment à propos de la différence de traitement de la cession de créance en droit français et en droit colombien. Cette dissemblance est-elle anodine ? Ou reflète-t-elle, peut-être, une évolution importante de la nature juridique de la cession de créance telle qu'elle était connue dans la pratique romaine jusqu'à sa consécration par nos codifications modernes ?

15. Autant de questions qui témoignent de la nécessité de réexaminer le dispositif de la cession de créance en droit français et en droit colombien. Il est vrai qu'en droit français, la cession de créance est traitée par la plupart des manuels de droit des obligations⁶³ et quelques-uns de contrats spéciaux. Ce phénomène n'est pas étonnant : la cession de créance est un sujet classique du droit privé. Il existe également d'importantes études qui traitent d'une manière détaillée du dispositif de la cession de créance. On peut citer, par exemple, la thèse relative aux *opérations juridiques à trois personnes en droit privé*⁶⁴ de M. Larroumet, ou celle consacrée à *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*⁶⁵ de M. Ansaloni, ou encore les travaux de M. Lachièze sur *Le régime des exceptions dans les*

⁶² *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.* ; Voir : « Cession ».

⁶³ Il serait donc inutile de mentionner ici tous les manuels et ouvrages qui traitent de la cession de créance. Pour n'en citer que quelques-uns qui font référence : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op. cit.* ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les obligations*, t. II, *Le régime*, 2^e éd., Sirey, 1989 ; H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations*, Théorie générale, 9^e éd., par F. Chabas, Montchrestien, 1998 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, *Les biens, Les obligations*, *op. cit.*

⁶⁴ Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Thèse Bordeaux, 1968.

⁶⁵ G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, Thèse Paris II, 2006.

*opérations juridiques à trois personnes en droit civil*⁶⁶. Une thèse plus récente de M^{me} Cashin-Ritaine traite des *Cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*⁶⁷. Néanmoins, étant donné le caractère récent de la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, l'analyse de la cession de créance en droit français à la lumière de cette réforme constitue l'un des principaux intérêts de la présente étude.

En droit colombien, la cession de créance est aussi traitée par la plupart des manuels du droit des obligations⁶⁸. Cependant, à la différence du droit français, les études spécialisées à ce sujet sont peu nombreuses : il n'a pu être référencé qu'un mémoire relatif à la nature juridique de la cession de créance⁶⁹.

Mais, au-delà des considérations propres à chaque droit, le travail que nous menons propose une étude comparative des droits français et colombien ; étude jusqu'ici inexistante sur cette question. Certes, une thèse récente vient d'être publiée en droit colombien à propos de l'évolution de la cession de créance depuis le droit romain jusqu'à nos systèmes juridiques modernes⁷⁰. L'auteur présente une étude approfondie de l'évolution de la cession de créance en droit romain afin d'expliquer les différences de réglementation de la cession de créance dans les nombreux systèmes juridiques modernes ; notamment entre les systèmes latino-américains, y compris la Colombie, et les législations française, italienne et allemande. Cependant, il ne s'agit pas d'une étude comparative portant spécifiquement sur le droit français et le droit colombien. La présente étude permettra donc non seulement de connaître et de comprendre les approches du droit français et du droit colombien à l'égard du mécanisme de la cession de créance mais également de procéder ensuite à leur comparaison⁷¹. A cette fin, nous démontrerons, tout d'abord, que l'étude comparative proposée est effectivement envisageable ; avant de présenter, dans un second temps, la méthode comparative choisie.

⁶⁶ Ch. LACHIEZE, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, Atelier National de reproduction des thèses, 1996.

⁶⁷ E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, Préf. F. Ranieri, LGDJ, 2001.

⁶⁸ A. TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones, El acto o negocio jurídico y otras fuentes de obligaciones*, 7^e éd., Ediciones doctrina y ley Ltda, Bogotá, 2008; J. CUBIDES CAMACHO, *Obligaciones*, 5^e éd., Pontificia Universidad Javeriana, 2005; A. VALENCIA ZEA et A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, t. III. *De las obligaciones*, 9^e éd., Temis, 1998; F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, 3^e éd., Universidad Externado de Colombia, 2002.

⁶⁹ J.-G. ESCOBAR MARULANDA et J.-E. OSSA MUNERA, *La naturaleza jurídica de la cesión del crédito*, Monografía, Pontificia Universidad Javeriana, 1982.

⁷⁰ M.-E. CAMACHO LOPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, Universidad Externado de Colombia, 2016.

⁷¹ L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, t. 2, *La méthode comparative*, 1974, p. 122 ; Voir Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, Dalloz, 2009, n° 1, p. 1 : « Comparer consiste à établir des rapports de ressemblances et de différences entre les termes d'un savoir, puis à en mesurer l'ampleur, à en chercher les raisons et à en apprécier la valeur. La comparaison est un procédé d'acquisition du savoir. Opération de prime abord élémentaire, la comparaison est devenue une méthode de travail, utilisée par de nombreuses disciplines (littérature, linguistique, sociologie, épistémologie, ethnologie, histoire, économie, etc.) » ; M. FROMONT, « Réflexions sur l'objet et les méthodes du droit comparé », in *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 378 : « En d'autres termes, la comparaison a essentiellement une fonction pédagogique, celle qui consiste à transmettre un savoir d'un pays à un autre ».

16. La comparaison du droit français et du droit colombien est possible, et même souhaitable pour plusieurs raisons. Tout d'abord, les deux appartiennent à une même « famille » juridique, selon l'expression initialement utilisée par René David⁷², ou à un même système de droit, conformément à l'expression la plus usitée aujourd'hui⁷³. Plus précisément, il s'agit de deux systèmes juridiques appartenant à la « famille » dite romano-germanique qui se caractérise principalement par l'influence du droit romain, ce qui permet, tel qu'il est souligné par certains auteurs, « *une comparaison efficace, c'est-à-dire exacte et précise* »⁷⁴. Il s'avère donc intéressant d'identifier les dissemblances et ressemblances entre ces deux systèmes juridiques afin de s'interroger sur les raisons pouvant expliquer les uns comme les autres. Comme le souligne P. Legrand, « *La comparaison poursuit l'objectif de faire ressortir le divers dans le droit et d'organiser ce divers* »⁷⁵. Ensuite, la forte influence du droit français sur le droit colombien est indéniable, notamment dans le domaine du droit privé. Preuve en est, l'existence de multiples études comparatives portant sur les deux systèmes juridiques⁷⁶. Cette influence s'explique principalement par le fait que le Code Napoléon a été une source majeure d'inspiration pour la rédaction du Code civil chilien par Bello⁷⁷, lequel fut adopté par de nombreux pays d'Amérique latine,

⁷² R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI et M. GORE, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 12^e éd., Dalloz, 2016, spéc. n° 16, p. 15-16 : « *La diversité des droits est infinie, si l'on considère la teneur et le contenu de leurs règles ; elle est moindre, en revanche, si l'on envisage les éléments, plus fondamentaux et plus stables, à l'aide desquels on peut découvrir les règles, les interpréter, et en préciser la valeur (...). Le groupement des droits en familles est propre à faciliter, en les réduisant à un nombre restreint de types, la présentation et la compréhension des différents droits du monde contemporain (...). La notion de "famille de droits" ne correspond pas à une réalité biologique ; on y recourt seulement à une fin didactique, à titre "seulement préliminaire" pour mettre en valeur les ressemblances et les différences qui existent entre les différents droits* ».

⁷³ B. MARTINEZ CARDENAS, « Nueva perspectiva del sistema de derecho continental en Colombia », *Revista Ius et Praxis*, Año 17, n° 2, 2011, spéc. p. 26. Voir R. LEGAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, 3^e éd., LexisNexis, 2016, n° 189, p. 113 : « *Différents termes et expressions vont être utilisés : système, famille, groupe de systèmes pouvant être répartis en sous-groupes plutôt qu'en familles (...). Même si elle a de "l'usure", la notion de "famille" est encore utilisable. Mais elle ne suffit pas à présenter les systèmes de droit, d'où le recours, que nous pensons nécessaire, à la notion de "groupe" et de "sous-groupe"* ».

⁷⁴ M. FROMONT, « Réflexions sur l'objet et les méthodes du droit comparé », art. préc., p. 387 : « *En définitive, la comparaison des droits ne peut être menée qu'à l'intérieur des droits européens ou occidentaux. Les points communs à ces droits sont alors suffisamment nombreux pour permettre une comparaison efficace, c'est-à-dire exacte et précise* ». Même si certains auteurs reconnaissent que la comparaison entre deux systèmes appartenant à des « familles » différentes est envisageable et non moins intéressante : Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, op. cit., n° 15, p. 27 : « *Donc, si rien n'empêche la comparaison de droits voisins (les droits français et belge par exemple), rien n'empêche non plus la comparaison de droits que tout semble opposer. Plus complexe, l'exercice n'en sera pas moins enrichissant. Naturellement, ce dernier choix est moins indiqué lorsqu'on prête à la comparaison des droits un but pratique mais nous savons que la fonction première du droit comparé réside dans l'amélioration de la connaissance* ».

⁷⁵ P. LEGRAND, « Comparer », *Le droit comparé aujourd'hui et demain*, Colloque du 1^{er} décembre 1995, Société de législation comparée, 1996, p. 37.

⁷⁶ Pour ne citer que quelques exemples : D. ROJAS TAMAYO, *Le droit applicable au contrat en droit international privé colombien. Etude comparée, critique et prospective*, Thèse Paris II, 2017 ; A. M. CELY RODRIGUEZ, *Les fondements de la responsabilité civile des dirigeants des sociétés. Etude franco-colombienne*, Thèse Paris II, 2011 ; B. MARTINEZ CARDENAS, *La responsabilité précontractuelle. Etude comparative des régimes colombien et français*, Thèse Paris II, 2013 ; S. FORTICH, *Essai sur le formalisme contemporain dans la protection du consentement contractuel*, Thèse Paris II, 2016 où l'auteur reconnaît que même s'il ne s'agit pas de faire une étude comparative, l'idée est de se servir des développements du sujet en droit français afin de proposer certaines solutions en droit colombien (spéc. n° 19, p. 19).

⁷⁷ A. GUZMAN BRITO, *Andrés Bello codificador, Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, t. I, Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1982, spéc. p. 401 ; Andrés Bello, *Código civil de la República de Chile*, t. I, Introducción y notas de Pedro Lira Urquieta, Texto concordado con los distintos proyectos de Bello, Ediciones del Ministerio de Educación, Caracas, Venezuela, 1954, p. 13-22.

dont la Colombie⁷⁸. Ainsi, les auteurs français, surtout les classiques, retiennent toujours l'attention de la doctrine et de la jurisprudence colombiennes⁷⁹. Enfin, s'il est vrai que le Code de Bello s'est fortement inspiré du Code Napoléon, on ne peut négliger non plus le fait que Bello se soit servi d'autres sources, telles que le droit espagnol, le Code civil prussien, le droit romain, ou encore le projet de Code civil espagnol de Garcia Goyena⁸⁰. Cela explique certaines différences considérables entre le droit français et le droit colombien dont l'une des plus importantes, comme nous l'avons évoqué précédemment⁸¹, tient à la manière d'acquérir la propriété par acte entre vifs. Nous allons voir qu'en raison de cette distinction, l'une des questions les plus débattues en droit colombien est celle de la nature juridique de la cession de créance, dont la conception oscille entre titre d'acquisition et mode d'acquisition de la propriété. L'analyse de cette discussion nous apportera quelques éclaircissements à propos du caractère polyvalent qui caractérise la cession de créance en droit français comme en droit colombien.

17. Etant donné que le dispositif de la cession de créance est reconnu expressément tant par le législateur français que par le législateur colombien, le recours à la méthode dite « fonctionnelle »⁸² ne nous a pas paru pertinent. Dans la mesure où cette méthode « *consiste à comparer des éléments qui remplissent la même fonction afin de monter qu'au-delà de la différence des procédés techniques utilisés, les solutions retenues sont en définitive équivalents d'un droit à l'autre* »⁸³, elle semble devoir être privilégiée dans les hypothèses où l'institution spécifique objet d'étude n'est pas formellement consacrée dans les systèmes juridiques objet de comparaison. En revanche, nous nous appuyerons principalement sur une étude portant un regard croisé sur les droits français et colombien ayant pour finalité principale une meilleure connaissance de chaque droit⁸⁴. La proximité entre ces deux systèmes juridiques, tout comme les particularités qui les distinguent, faciliteront notre travail.

⁷⁸ B. MARTINEZ CARDENAS, « Nueva perspectiva del sistema de derecho continental en Colombia », art. préc., p. 36; Andrés Bello, Código civil de la República de Chile, t. I, Introducción y notas de Pedro Lira Urquieta, Texto concordado con los distintos proyectos de Bello, *op. cit.*, XLIII; F. Hinestrosa, « El Código Civil de Bello en Colombia », *Revista de derecho privado, Universidad Externado de Colombia*, n° 9, 2005, p. 5-27.

⁷⁹ Voir par exemple *Corte suprema de justicia, Sala de Casación civil*, 11 février 2006, Sentence n° 1613-2016, M. R.: A.-F. Garcia Restrepo, où la Cour de cassation cite Pothier ; *Corte constitucional colombiana*, Sentence C-668-16, 30 nov.2016, M.R. : A. Rojas Rio où la Cour cite le traité de la vente de Pothier aux fins de s'accorder sur la définition d'un droit litigieux en matière de cession ; *Corte suprema de justicia, Sala de Casación civil*, 31 mai 1961, M.R. : J. J. Gomez, où la Cour cite Pothier pour expliquer la distinction entre la dation en paiement et la novation.

⁸⁰ A. GUZMAN BRITO, *Andrés Bello codificador, Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, t. I, *op. cit.*, spéc. p. 413 et s.

⁸¹ V. *supra* n° 2.

⁸² Voir not. B. JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé. Bilan et perspective », *RIDC*, n° 1, 2005, p. 29-48, spéc. p. 39.

⁸³ Voir à propos de la méthode fonctionnelle : Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé, op. cit.*, n° 14, p. 25.

⁸⁴ Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Préf. H. Muir Watt, LGDJ, 2004, n° 6, p. 16 ; R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, Coll. Etudes juridiques comparatives, 1991, spéc. n° 2, p. 8-10.

Aussi allons-nous principalement nous concentrer sur la cession de créance de droit commun, laquelle reflète, mieux que les cessions de créance de droit spécial, l'économie générale de ce mécanisme en droit français et en droit colombien⁸⁵.

Cette approche a pour but de mettre la comparaison d'un système juridique au service de l'autre afin de trouver non seulement des solutions à des problématiques propres à chaque système juridique ou communes aux deux, mais aussi d'expliquer la raison d'être de telle ou telle problématique. Il s'agit donc de trouver une source d'inspiration dans un autre système juridique, sans recopier ou transposer des solutions qui pourraient être incompatibles étant donné le contexte social, politique ou économique de chaque pays⁸⁶. Par exemple, la récente consécration de la cession de créance à titre de garantie en droit colombien suppose que l'on se demande s'il est pertinent que le législateur français fasse de même. Mais il est également possible de s'interroger quant à la pertinence et la portée de la consécration d'un tel dispositif en droit colombien, à la lumière du débat existant en droit français en la matière. De même, la récente création d'un registre aux fins d'opposabilité aux tiers de la cession de créance à titre de garantie en droit colombien fournit l'occasion de prendre position sur l'hostilité qu'un tel dispositif suscite en France. Certes, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 viennent de se prononcer *in fine* contre le système de l'enregistrement, mais ce refus ne signifie pas que le débat ait perdu tout son intérêt.

Enfin, la réalisation de notre étude repose essentiellement sur la connaissance de textes, de la doctrine et de la jurisprudence qui jouent un rôle aussi important en droit français⁸⁷ qu'en droit colombien⁸⁸. Toutefois, il convient de préciser que l'exercice de la note ou du commentaire d'arrêt est moins fréquent en droit colombien qu'en droit français, ce qui complique, parfois grandement, la connaissance de la jurisprudence colombienne⁸⁹.

⁸⁵ Pour cette raison, nous ne traiterons en détails ni de la cession Dailly propre au droit français, ni de la cession à titre de garantie propre au droit colombien. Cela ne nous empêchera pas de faire quelques références, très ponctuelles, à ces procédés lorsqu'elles seront utiles à une meilleure compréhension du mécanisme général de la cession de créance et aux fins de notre démonstration. Rapp. J. FRANÇOIS, *Traité de Droit civil, Les obligations*, t.IV, *Régime général*, 3^e éd., Economica, 2013, n° 404, p. 416, note 3 qui souligne que l'étude des modes simplifiés de cession peut être utile « à une meilleure compréhension de la technique fondamentale du transfert des créances, laquelle transcende, pour sa part, toutes ces disciplines ». L'auteur se réfère expressément au droit des affaires, au droit bancaire au droit des sûretés.

⁸⁶ P. LEGRAND, *Le droit comparé*, 5^e éd., PUF, coll. « Que sais-je ? », 1999, p. 29 : « Comparer, au mieux : « [Ent]endre plusieurs cultures comme elles se sont [entendu]es elles-mêmes, puis les [ent]endre entre elles ; reconnaître les différences construites, en les faisant jours les unes en regard des autres », « parle[r] en écouleur ».

⁸⁷ Voir à propos du rôle de la jurisprudence : Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 17^e éd., LexisNexis, 2017, n° 202 et s., p. 181 et s. Sur le rôle de la doctrine en tant que source d'inspiration : Ch. LARROUMET et A. AYNES, *Traité de droit civil*, t. I, *Introduction à l'étude du droit*, *op. cit.*, n° 156, p. 95 ; Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, 6^e éd., LGDJ, 2016, n° 423, p. 399-401.

⁸⁸ P.-J. BARRERA VARELA, « La posición de la jurisprudencia en el sistema de fuentes del derecho colombiano », *Saber, ciencia y libertad*, Vol. 2, n° 2, 2014, p. 59-70.

⁸⁹ Ce constat peut s'expliquer par l'extrême longueur des décisions jurisprudentielles en Colombie.

18. Ainsi, grâce à une étude comparative des droits français et colombien, nous montrerons que la cession a une particularité essentielle : elle ne résiste à aucune analyse exclusive du point de vue du droit des obligations, ou du droit des biens, ou des contrats spéciaux. Dès lors, il s'agira, en premier lieu, d'identifier la double nature juridique de la cession de créance dont les traits s'esquissent en rapprochant le droit des obligations, le droit des biens et le droit des contrats spéciaux. La reconnaissance de cette nature dualiste de la cession de créance a des conséquences sur l'appréhension de la situation du débiteur : elle permet de comprendre qu'en raison de sa qualité de partie à un lien juridique -l'obligation- ayant subi une modification du fait de la cession, le débiteur mérite qu'on lui accorde une qualité et un traitement spéciaux. Cependant, la situation des parties et des tiers doit s'articuler autour de l'analyse de la cession de créance en un acte permettant le transfert d'une créance-bien particulier. Pour cette raison, on analysera, en second lieu, la portée de la double nature juridique de la cession de créance.

PARTIE I : L'identification de la double nature juridique de la cession de créance

PARTIE II : La portée de la double nature juridique de la cession de créance

PARTIE I

L'IDENTIFICATION DE LA DOUBLE NATURE JURIDIQUE DE LA CESSION DE CRÉANCE

19. La doctrine majoritaire n'établit aucune distinction de nature juridique entre créance et obligation. Cela s'explique par la vision classique, tant en droit français⁹⁰ qu'en droit colombien⁹¹, selon laquelle la créance ne serait que l'obligation envisagée du point de vue du créancier. Cette conception obéit à deux principales raisons : d'une part, la tendance moderne à vouloir appréhender le droit subjectif de créance à travers le prisme de l'obligation romaine⁹² ; d'autre part, l'objectivation ou patrimonialisation de l'obligation qui implique que celle-ci serait fondamentalement un rapport entre deux patrimoines⁹³.

20. Cette présentation classique des rapports existant entre créance et obligation explique que la cession de créance soit analysée en un transfert actif d'obligation⁹⁴. Cependant, une telle vision

⁹⁰ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, 9^e éd., Sirey, 2015 n° 352, p. 347 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les obligations*, t. II, *Le régime*, 2^e éd., Sirey, 1989, n° 348, p. 311 ; J. FRANÇOIS, *Traité de Droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., Economica, 2017, n° 447 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. I, *Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., PUF, 2016, n° 1, p. 2 ; H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations*, Théorie générale, 9^e éd., par F. Chabas, Montchrestien, 1998, n° 1231, p. 1255 ; P. RAYNAUD, *Anciens cours de droit civil*, D.E.A. de droit privé général, *Les contrats ayant pour objet une obligation*, Les cours de droit, Faculté de droit de Paris, 1977-1978, p. 6 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XII, *Des obligations*, t. I, 3^e éd., Larose & Tenin, 1906, n° 2, p. 2 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, *Les biens, Les obligations*, PUF, rééd. Quadrige, 2004, n° 1230, p. 2449.

⁹¹ A. TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones, El acto o negocio jurídico y otras fuentes de obligaciones*, 7^e éd., Ediciones doctrina y ley Ltda, Bogotá, 2008, n° 12, p. 38 ; A. PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, t. I, vol.1, 2^e éd., Temis, Bogotá, 1953, n° 1, p. 3 ; G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, 8^e éd., Temis, 2008, n° 456, p. 298 ; C. MEDELLIN, *Lecciones de derecho romano*, 12^e éd., Temis, Bogotá, 1995, n° 1, p. 164 ; F.- A. CASTILLO MAYORGA, « La cesión de crédito », *Los contratos en el derecho privado*, art. préc., p. 415 ; W. NAMÉNVARGAS, « El concepto de la relación obligatoria », *Derecho de las obligaciones*, t. I, M. Castro De Cifuentes (dir.), Ediciones Uniandes, Editorial Temis, 2010, n°8, p.28 ; A. VALENCIA ZEA et A.ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, t. III, *De las obligaciones*, 9^e éd., Temis, 1998, n° 1, p. 3 ; J. SUESCÚN MELO, *Derecho privado*, t. I, *Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, 2^e éd., Cámara de comercio de Bogotá & Universidad de los Andes, 2005, p. 19.

⁹² G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Préf. F. Leduc, Dalloz, 2012, n° 222, p. 146-147.

⁹³ E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz » rééd. 2004, p. 12 ; E. GAUDEMET, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, Éditions Panthéon-Assas, rééd. 2014, p.31 : « Le débiteur et le créancier ne sont plus que les représentants juridiques de leurs biens. La notion d'obligation est devenue une notion économique et purement objective. L'obligation de faire elle-même se résout, en cas d'inexécution, en obligation de somme d'argent. Ce que l'on considère dans la créance, c'est sa valeur. La personnalité du créancier et du débiteur importe peu ». Est assez révélatrice à ce propos la définition de l'obligation donnée par A. Bénabent qui affirme qu'« Au sens du droit privé, le terme a une signification encore plus étroite et plus précise : il désigne le lien d'ordre patrimonial unissant les personnes juridiques entre elles » : A. BENABENT, *Droit des obligations*, 15^e éd., LGDJ, coll. « Domat droit privé », 2016, n° 1, p. 17.

⁹⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op.cit.*, n° 353, p. 349 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 1270, p. 1318 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les obligations*, t. II, *Le régime*, *op.cit.*, n° 349, p. 312 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, *Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1231, p. 2449-2450. En droit colombien: A. PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, t. I, vol.1, *op. cit.*, n° 437, p. 281 ; J. CUBIDES CAMACHO, « Transmisión de las obligaciones » *Universitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de ciencias

méconnaît, en dépit des rapports étroits existant entre la créance et l'obligation, qu'il s'agit de deux notions à ne pas confondre⁹⁵. L'obligation est essentiellement un lien juridique, source de la créance⁹⁶. En revanche, la créance, effet de l'obligation⁹⁷, est la seule à devoir être envisagée objectivement, autrement dit, comme un bien.

21. Cette confusion entre obligation et créance révèle l'insuffisance des études qui prétendent réaliser une analyse unitaire de la cession, soit exclusivement du point de vue du régime général des obligations⁹⁸, soit uniquement au regard du droit des biens⁹⁹ et, par conséquent, des contrats spéciaux¹⁰⁰. Or, afin de bien comprendre le mécanisme de la cession de créance, les deux analyses s'avèrent non seulement pertinentes, mais surtout nécessaires, puisqu'elles témoignent de deux approches complémentaires¹⁰¹.

jurídicas y socio-económicas, 1996, nov., n° 71, p. 245-267; M. CASTRO DE CIFUENTES, « Transmisión de las obligaciones », *Derecho de las obligaciones*, t. I, M. Castro De Cifuentes (dir.), *op. cit.*, p. 1; J. CUBIDES CAMACHO, *Obligaciones*, 5^e éd., Pontificia Universidad Javeriana, 2005, p. 395-396; A. TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones, El acto o negocio jurídico y otras fuentes de obligaciones*, *op. cit.*, n° 289, p. 493.

⁹⁵ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, n° 6, p. 7 ; M.-A. RAKOTOVAHINY, *L'évolution de la notion de créance*, thèse Toulouse I, 1999 ; G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, *op.cit.*

⁹⁶ Voir contre une vision essentiellement objective de l'obligation : G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op.cit.*, n°2, p. 5.

⁹⁷ A propos de la pertinence de cette distinction pour l'analyse de la saisie-attribution des créances à exécution successive : Ch. GARREAU, « La saisie attribution, la procédure collective et la date de naissance des créances contractuelles », *RTD com.* 2004, n° 7, p. 416 : « Selon les défenseurs de l'analyse classique, il y aurait dans les nouvelles conceptions sur la naissance des créances une confusion entre la naissance et l'exigibilité de la créance, c'est-à-dire, entre la naissance et l'échéance de la créance. D'après eux, comme cela résulte implicitement de l'article 1101 du code civil, qui définit le contrat comme « la convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres », c'est le contrat qui fait naître à la date de sa conclusion l'obligation et, par voie de conséquence, la créance qui en est l'autre face. À notre sens, l'affirmation de cette confusion repose elle-même sur une confusion entre l'obligation et le droit de créance qui n'est en réalité que l'effet, et non l'autre face comme on l'affirme traditionnellement ».

⁹⁸ L. ANDREU, *Du changement de débiteur*, Préf. D.R. Martin, Dalloz, 2010, n° 66, p. 90 : « [...] Certes, la créance est cessible et constitue, sans doute, compte tenu de sa valeur, un bien ; mais elle n'est pas cessible parce qu'elle est un bien. La relation entre cet attribut (de cessibilité) et cette qualification (de bien) n'est qu'un mirage [...]. En réalité, si la cession de créance autorise un changement de créancier sans emporter la disparition de l'obligation, c'est pour l'unique raison que l'obligation n'est pas rétive à un changement de sujet. Il faut donc, semble-t-il, se décider à rejeter, une fois pour toutes, l'appréhension du mécanisme translatif de l'obligation par le prisme déformant du droit des biens, pour l'envisager sous l'angle plus adapté du droit des obligations » ; L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Préf. Ph. Malaurie, *Economica*, 1984, n° 19, p. 31 ; N. THOMASSIN, *De la propriété : contribution à une théorie générale*, thèse préc., n° 43 et s.

⁹⁹ Certains auteurs défendent l'idée d'un droit spécial des biens ayant pour objet les obligations : F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Cours de droit civil, Obligations, Régime*, PUF, 2013, n° 137, p. 251 : « Il existe un droit spécial des biens ayant pour objet les obligations, droit en voie de constitution. Le Code civil impose d'emblée en qualifiant de meubles les obligations (art. 529). L'École ne rend compte pour l'instant que de certains des aspects de ce droit spécial mais elle prend conscience progressivement de ce que de nombreux domaines de la théorie des biens sont applicables aux créances (Y. Emerich, *La propriété des créances*, LGDJ 2008 ; J. Laurent, *la propriété des droits*, LGDJ 2012) ».

¹⁰⁰ Voir à ce propos un auteur colombien : G. OSPINA FERNANDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, *op.cit.*, n° 461, p. 300 : « Il correspond à la théorie des contrats d'étudier dans tous les aspects la cession de créances, ce qui dépasse notre matière [le transfert de l'obligation], laquelle se limite à constater que notre ordonnancement juridique reconnaît que les obligations peuvent être transférées activement par le contrat, c'est-à-dire par un acte entre vifs » ; L. ANDREU, « Les opérations translatives (cession de créance, cession de dette, cession de contrat) », *Pour une réforme du régime général des obligations*, F. Terré (dir.), Dalloz, 2013, p. 125 : « Ce constat justifie le déplacement de la figure actuellement brochée sur la vente. Mais déplacement vers quoi ? Vers les contrats spéciaux-car même délestée de son rattachement maladroit à la vente, la cession de créance reste avant tout un procédé de nature conventionnelle- ou dans le régime général des obligations ? (C'est la seconde branche de l'option qui a été retenue dans le projet, qui rejoint ainsi les autres projets de réforme (et, dans une certaine mesure, les codifications savantes) ». Voir à propos du rapport entre la cession de créance et le droit des biens et des contrats spéciaux : M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, Préf. L. Aynès, *Economica*, 2012, n° 9, p. 8.

¹⁰¹ Rappr. F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, Préf. L. Aynès, *Economica*, 2007, n° 213 et s., spéc. n° 219 et s. qui évoque le caractère ambivalent de la créance : « La nature de la créance change selon les personnes à l'égard de qui elle est invoquée ; invoquée par le créancier à l'égard du débiteur, la créance est un droit personnel qui fonde son caractère contraignant sur l'effet obligatoire ;

En ce qui concerne l'étude de la cession de créance du point de vue du régime général des obligations, il s'agit de s'interroger quant à la pertinence d'une analyse selon laquelle la cession réaliserait un transfert actif d'obligation. L'obligation étant un lien de droit personnel, sa vocation à être transférée n'est en effet pas évidente¹⁰². Toutefois, le fait que la cession entraîne un changement de créancier, sujet actif de l'obligation, et cela sans le consentement du débiteur, sujet passif de celle-ci, souligne l'intérêt d'analyser la cession de créance en une modification subjective et unilatérale d'obligation.

S'agissant du rapprochement de la cession de créance avec le droit des biens et des contrats spéciaux, l'appréhension de la cession comme un acte permettant d'opérer le transfert d'une créance, bien incorporel, se révèle appropriée. Il reste toutefois à préciser la place et le rôle exacts de la cession parmi les dispositifs permettant la circulation des biens. Une telle interrogation permettra de montrer que la cession de créance, contrairement à la plupart des contrats réglementés dans nos législations civiles respectives, n'est pas un acte qui a une fonction spécifique et déterminée. La cession permet de fait la réalisation d'un ensemble d'opérations juridiques. Une telle particularité justifie son analyse en tant que transfert conventionnel et polyvalent d'un bien incorporel.

Titre I- La cession de créance : modification subjective et unilatérale d'un lien juridique

Titre II- La cession de créance : transfert conventionnel et polyvalent d'un bien incorporel

invoquée à l'égard des tiers -ou par rapport à des tiers-, la créance est invoquée en tant que bien, appartenant à tel ou tel à l'exclusion de tout autre, c'est-à-dire comme objet de propriété ».

¹⁰² Il est intéressant de souligner la position de R. Saleilles à propos de la pertinence de se référer, dans le cas de la cession de créance, à une succession à titre particulier à l'obligation au lieu de le faire à une quelconque transmission de celle-ci : R. SALEILLES, *La théorie générale de l'obligation*, La mémoire du droit, 2001, rééd. de la 3^e éd., LGDJ, 1925, n° 74, p. 64 : « Cette substitution d'une personne à autre, en ce qui touche à un droit, correspond à la transmission d'un droit. Mais le mot succession est plus exact, théoriquement tout au moins ; tous les droits étant attachés à la personne, quand on aliène, cela veut dire qu'une personne nouvelle devient le sujet du droit et succède à l'aliénateur en ce qui touche le droit qui est l'objet du transfert ».

TITRE I

LA CESSION DE CRÉANCE : MODIFICATION SUBJECTIVE ET UNILATÉRALE D'UN LIEN JURIDIQUE

22. Selon l'analyse dominante en droit français comme en droit colombien, la cession de créance opère un transfert d'obligation envisagée sous un angle actif. Il convient cependant de préciser que si en droit français la doctrine contemporaine utilise assez souvent l'expression *cession d'obligation*, cela s'explique par la volonté d'éviter toute équivoque avec le mécanisme de la transmission à cause de mort¹⁰³. Néanmoins, le recours à d'autres expressions telles que *circulation d'obligation*¹⁰⁴ ou *transfert d'obligation*¹⁰⁵ est également fréquent. La doctrine contemporaine colombienne n'emploie pas l'expression *cession d'obligation* et, pour distinguer la transmission d'une obligation à cause de mort de celle ayant lieu entre vifs, les auteurs préfèrent se référer, dans ce dernier cas, à un *transfert d'obligation*¹⁰⁶. On peut cependant observer qu'aussi bien l'expression *cession d'obligation* que celle de *transfert d'obligation* rendent compte d'un même phénomène ; elles seront dès lors tenues pour synonymes.

23. Malgré le caractère apparemment satisfaisant de l'analyse de la cession en un acte translatif d'obligation, cette conception n'est cependant pas convaincante. A y regarder de plus près, on peut constater que l'obligation est modifiée par l'acte de cession. En effet, un nouveau créancier vient prendre la place de l'ancien créancier dans un même rapport d'obligation, sans qu'il y ait novation. Afin de mieux rendre compte de ce phénomène, il convient de s'attarder, dans un premier

¹⁰³ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op.cit.*, n° 1272, p. 1261 ; P. RAYNAUD, *Anciens cours de droit civil*, D.E.A. de droit privé général, *Les contrats ayant pour objet une obligation, op. cit.*, n° 1, p. 7 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, *Les biens, Les obligations, op.cit.*, n° 1230, p. 2449 ; G. CORNU, *Vocabulaire Juridique de l'Association Henri Capitant*, 11^e éd., PUF, coll. « Quadrige » 2016, v° « Cession » : « Transmission entre vifs, du cédant au cessionnaire, d'un droit réel ou personnel, à titre onéreux ou gratuit » (nous soulignons).

¹⁰⁴ J. FRANÇOIS, *Traité de Droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., *op.cit.*, n° 446 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1272, p. 1320.

¹⁰⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation, op. cit.*, n° 352, p. 347 ; E. FRAUD, « La notion de transfert de créance », *RRJ*, 1998/3, 817. Dans le deuxième volet de l'avant-projet de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats présenté par la Chancellerie, il y avait un chapitre III intitulé « *Le transport de l'obligation* » lequel regroupait des procédés tels que la cession de créance et le retrait litigieux, la subrogation personnelle, la délégation et la novation.

¹⁰⁶ G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones, op.cit.*, n° 453, p. 297. À propos de la distinction entre les termes transfert et transmission: A. GUZMÁN BRITO, « Los vocablos “transferir” y “transmitir” y sus derivados en el “Código civil de Chile” con especial referencia a la definición de título traslativo de dominio », *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII, Valparaíso, Chile, 2006, p. 95-103. Voir à ce propos: H. D. VELÁSQUEZ GÓMEZ, *Estudio sobre obligaciones, op.cit.*, n°532, 1017-1018.

temps, sur l'analyse de la cession en un acte translatif d'obligation (Chapitre I), avant d'exposer, dans un second temps, la remise en cause de cette analyse (Chapitre II).

Chapitre I

L'analyse de la cession en un acte translatif d'obligation

24. Il paraît acquis que la cessibilité de l'obligation est une conquête de nos législations modernes. En effet, la doctrine majoritaire s'accorde sur l'inexistence en droit romain de mécanismes directs permettant la circulation de l'obligation¹⁰⁷. Cependant, tandis que les auteurs admettent unanimement que l'obligation serait cessible activement, ils sont divisés quant à la possibilité de céder ou de transférer l'obligation passivement¹⁰⁸. Une position différente pourrait néanmoins être observée en droit français depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 qui consacre expressément la cession de dette¹⁰⁹.

25. Cette vision classique est profondément ancrée dans les mentalités. En effet, la doctrine majoritaire tient pour acquis que la créance n'est qu'une simple représentation de l'obligation. Les analyses historiques de la cession de créance semblent conforter cette vision ; tout comme d'autres facteurs qu'on aura l'opportunité d'analyser. C'est pourquoi, il s'agira tout d'abord de présenter l'analyse de la cession en un acte translatif d'obligation (**Section I**), avant d'exposer les raisons pouvant l'expliquer (**Section II**).

¹⁰⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8^e éd., LGDJ, 2016, n° 1408, p. 793 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1271, p. 1318 ; H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol.1, *Obligations, Théorie générale*, *op. cit.*, n° 1232, p.1256-1257 ; R. SALEILLES, *La théorie générale de l'obligation*, *op.cit.*, n° 75 et s., p. 64 et s. ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Régime général*, *op. cit.*, n° 15, p. 8. En droit colombien : A. TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones, El acto o negocio jurídico y otras fuentes de obligaciones*, *op. cit.*, n° 289, p. 494 ; A. PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, vol. 3, Partie II, *Clasificación, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones*, obra revisada y actualizada por Alberto Tamayo Lombana, 4^e éd., Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2012, n° 289, p. 494 ; M. CASTRO DE CIFUENTES, « Transmisión de las obligaciones », art. préc., p. 67-68.

¹⁰⁸ Voir la position défavorable sur la cession de dette en droit français : V. not. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1304, p. 1352 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op.cit.*, n° 1437, p. 814 qui évoquent l'existence d'un obstacle fondamental à la reconnaissance de la cession de dette tenant à la nature de la dette : « (...) L'effort de la doctrine a consisté à surmonter les obstacles techniques et à démontrer que l'on pouvait acclimater en France une cession de dette sur le modèle des droits germaniques. Sans grand succès pratique ; car l'obstacle n'est pas technique, mais fondamental : il tient à la nature de la dette, qui se prête peu à une transmission » ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n° 371n p. 407-410 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Régime général*, 6^e éd., Litec, 1999, n° 6, p. 3. En droit colombien : J. SUESCÚN MELO, *Derecho privado*, t. I, *Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, *op. cit.*, p. 20 ; C.GÓMEZ ESTRADA, *De los principales contratos civiles*, *op. cit.*, n° 130, p. 161-162. En faveur de la cession de dette : H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol.1, *Obligations, Théorie générale*, *op. cit.*, n° 1277, p.1297-1298 ; E. GAUDEMET, *Etude sur le transport des dettes à titre particulier*, *op. cit.*, spéc. p. 25 : « Nous avons donc le droit de conclure, de cette discussion, que la succession à titre particulier à la dette, pratiquement désirable, est logiquement possible ». ; R. SALEILLES, *La théorie générale de l'obligation*, *op. cit.*, n° 82, p. 73 ; Ch. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil*, t. III, *Les obligations, Le contrat*, 8^e éd., Economica, 2016, n° 32, p. 26-27. En droit colombien : F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, *op.cit.*, n° 406, p. 499.

¹⁰⁹ Voir d'une manière générale à propos de la portée de la consécration de la cession de dette : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 877 et s., p. 750 et s. ; O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016, art. 1327 et s., p. 655 et s.

Section I- La présentation de l'analyse

26. Il est vrai que ni le législateur français ni le législateur colombien ne se réfère expressément à la cession de créance comme étant un acte permettant un transfert de l'obligation activement. Cette appréhension de la cession est de nature essentiellement doctrinale (§1) et a un fondement historique (§2).

§ 1- Le caractère doctrinal de l'analyse

27. Les doctrines française et colombienne analysent la cession de créance en un acte translatif de l'obligation activement. Ce constat se vérifie aussi bien à l'égard de la doctrine généraliste (A) que de la doctrine spécialisée (B).

A- La doctrine généraliste

28. La cession de créance est classiquement définie, tant en droit français¹¹⁰ qu'en droit colombien¹¹¹, comme une convention par laquelle un créancier, appelé cédant, transfère sa créance à un cessionnaire. S'agissant du droit français, il est à souligner que si le Code Napoléon ne contenait traditionnellement aucune disposition en ce sens, cela n'est plus le cas depuis la réforme du droit des contrats et du régime général de l'obligation récemment opérée. En effet, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont consacré, dans un nouvel article 1321 du Code civil, la définition de la cession de créance précédemment exposée¹¹². En droit colombien, la définition de la cession de créance n'a qu'une nature doctrinale ; il n'existe aucune disposition textuelle la précisant.

¹¹⁰J. FRANÇOIS, *Traité de Droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., *op.cit.*, n° 450, p. 446 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op.cit.*, n° 356, p. 351 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op.cit.*, p. 794 ; H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol 1, *Obligations, Théorie générale*, *op. cit.*, p. 1272 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Régime général*, *op. cit.*, n°12, p. 7 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les obligations*, t. II, *Le régime*, *op.cit.*, n° 351, p. 314 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op.cit.*, n° 1277, p. 1324-1325 ; Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, 13^e éd., LexisNexis, 2013, n° 824, p. 618 ; H. SYNVE, « Opérations sur créances (art. 1251 à 1282) », *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, P. Catala (dir.), La documentation française, 2006, p. 70 ; P. CATALA, « Cession de créance et subrogation personnelle dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 213 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, *op.cit.*, n° 286, p. 303 ; M. BILLIAU, *La transmission des créances et des dettes*, *op.cit.*, n°14, p. 16.

¹¹¹F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, *op.cit.*, n° 317, p. 429 ; G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, *op.cit.*, n° 459, p. 299 ; J.-A. BONIVENTO FERNÁNDEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 17^e éd., Librería Ediciones del Profesional Ltda, 2008, n°168, p. 368 ; C. GÓMEZ ESTRADA, *De los principales contratos civiles*, *op. cit.*, n° 129, p. 160 ; A. VALENCIA ZEA et A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, t. III. *De las obligaciones*, *op.cit.*, n° 146, p. 399 ; A. ACEVEDO REHBEIN, *La cesión de créditos y las cláusulas de mejores esfuerzos en el derecho comparado*, Universidad del Rosario, 2006, p. 56 ; J. SUESCÚN MELO, *Derecho privado*, t. I, *Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, *op.cit.*, p. 19.

¹¹²En ce sens, V. le nouvel article 1321, alinéa 1^{er} du Code civil.

29. Cette perception de la cession en tant qu'acte translatif de créance s'explique par le traitement qui lui est accordée dans nos législations civiles. Pour ce qui est du droit français, les articles 1690 et suivants du Code civil ont été intégrés dans le titre relatif à la vente¹¹³. De plus, l'ancien article 1692 renforçait cette approche, le législateur y employant les termes de *vente* et de *cession* comme synonymes. Dans le droit colombien, la cession de créance est régie par les articles 1959 et suivants du Code civil. Ces dispositions ne relèvent pas du titre dédié au contrat de vente ce qui, dès à présent, permet de souligner qu'à la différence du Code civil français avant la réforme issue de l'ordonnance du 10 février 2016, le Code civil colombien ne considère pas la cession comme une forme particulière de vente mais comme un contrat indépendant¹¹⁴.

Il n'est pas question ici d'approfondir la réflexion sur cette différence entre les deux systèmes juridiques qui relève plus généralement de l'étude des rapports entre la cession de créance, le droit des biens et le droit des contrats spéciaux¹¹⁵. A présent, il s'agit de souligner que sur le plan formel, le droit positif français avant l'ordonnance du 10 février 2016, n'envisageait la cession de créance que d'un point de vue contractuel ; plus spécifiquement comme un type de vente. Le même constat peut être fait en droit colombien dans lequel la cession a été consacrée, par le législateur, parmi les contrats spéciaux.

30. Néanmoins, il est surprenant de constater un certain décalage entre la conception de la cession de créance retenue par le droit positif et celle qui est soutenue par la doctrine ; cela autant en France qu'en Colombie. Ce décalage se révèle cependant sous des traits différents dans les deux systèmes juridiques.

S'agissant du droit français avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, il convient de distinguer entre le traitement de la cession par les auteurs classiques et son approche par les auteurs contemporains. La doctrine classique abordait la cession de créance en la rattachant aux contrats spéciaux ; elle était plus spécifiquement considérée comme un type de vente¹¹⁶. En revanche,

¹¹³ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, *Les biens, Les obligations*, *op.cit.*, n° 1231, p. 2449-2450 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op.cit.*, n° 1275, p. 1323 ; Th. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. X, Pichon, Paris 1897, n° 203, p. 271 ; Th. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. I, Pichon, Paris, 1891, n° 4, p. 11 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique du droit civil*, t. IV, *De la vente et de l'échange*, 3^e éd., Sirey, 1908, n° 758, p. 803 ; J. HUET, *Traité de droit civil*, J. Ghestin (dir.), t. 6, *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 1996, n° 11110, p. 53.

¹¹⁴ A. PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, vol. 3, part. II, *Clasificación, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones*, *op.cit.*, n° 480, p. 292 et s. ; G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, *op.cit.*, n° 461, p. 300 ; F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, *op. cit.*, n° 318, p. 429.

¹¹⁵ V. Deuxième partie.

¹¹⁶ V. not. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. X, *Les contrats civils*, 1^{re} partie, n° 307 et s. ; L. GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, t. II, 3^e éd., Paris, A. Pedone, 1904, nos 737 et s., p. 281 et s. ; J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, Œuvres de Domat* par J. Remy, t. I, Paris, 1828, p. 1639-1777 ; C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. XVII, par J.-B. Duvergier, t. II, Paris, Jules Renouard, 1835, p. 193 et s. ; Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil*

les auteurs contemporains n'ont plus fait que quelques références à la cession de créance en abordant le contrat de vente¹¹⁷. L'analyse approfondie de la cession s'est inscrite dans le domaine du régime général des obligations. Plusieurs raisons peuvent justifier cette approche. La première serait la particularité de l'objet de la vente : une créance, un bien incorporel. L'objet de la vente étant une obligation, rapport juridique entre deux personnes -le créancier et le débiteur-, la cession demanderait des règles spéciales destinées à régir les rapports complexes entre ces deux sujets et une troisième personne qui viendrait occuper la place du créancier initial : le cessionnaire¹¹⁸. Ces règles dépasseraient le domaine contractuel, car elles auraient pour but de régler des opérations juridiques à trois personnes dont le champ dépasse celui des contrats spéciaux¹¹⁹. Une deuxième raison tiendrait à la spécificité de l'opposabilité du transfert à l'égard des tiers, conformément à l'article 1690 du Code civil alors applicable à la cession de créance¹²⁰. Ainsi, sans remettre en cause l'argument précédent, certains auteurs considèrent que la véritable singularité de la cession de créance, celle qui justifierait son étude dans le cadre du régime général des obligations, serait l'ancienne exigence de la signification ou de l'acceptation pour l'opposabilité du transfert aux tiers qui témoignerait d'une exception au principe du transfert consensuel de la propriété. Une troisième raison serait le caractère polyvalent de la cession. Compte tenu de la possibilité de réaliser différentes opérations juridiques par le biais d'une cession de créance (une donation, une vente, une dation en paiement ou encore l'obtention d'un crédit, etc.)¹²¹, celle-ci constituerait une technique neutre à étudier au regard du régime général des obligations¹²².

français, t. XI, *La vente, Le louage des choses*, 2^e éd., par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, Rousseau, Paris, 1938, n^{os} 352 et s., p. 284 et s.

¹¹⁷ J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 8^e éd., LexisNexis, 2015, n^o 122, p. 112 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10^e éd., Dalloz, 2015, n^o 121, p. 129 ; J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LECUYER, *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., avec la collaboration de J. Morel-Maroger, LGDJ, 2012, n^{os} 11110 et 11154.

¹¹⁸ Cette idée était mise en avant également par une partie de la doctrine classique : Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. XI, *La vente, Le louage des choses*, *op. cit.*, par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, n^o 353, p. 285 où l'auteur souligne que la cession est une opération intéressant trois personnes, et plus spécialement n^o 355, p. 287 : « *En résumé, ce qui caractérise la cession et la distingue de la vente ordinaire, c'est ceci : l'objet de la vente, au lieu d'être une chose matérielle, ou un droit ayant une existence indépendante de tout rapport de personnes, est un droit de relation, un jus adversus certam personam, de telle sorte qu'à côté du cédant et du cessionnaire apparaît le cédé* ».

¹¹⁹ Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse préc., t. I, n^o 3, p. 4 ; Ch. LARROUMET et S. BROS, *Les obligations, Le contrat*, 8^e éd., *op. cit.*, n^o 206, p. 181 : « *De toute façon, la marque de l'originalité de ces opérations réside dans le fait que l'on va transférer un droit contre un tiers (le débiteur cédé dans la cession de créance), une obligation au profit d'un tiers (le créancier cédé dans la cession de dette) ou encore la qualité de partie à un contrat (cession de contrat). Or, ces opérations doivent déborder le cadre des rapports entre le cédant et le cessionnaire, pour venir atteindre dans leurs effets le débiteur cédé ou le créancier cédé. Les cessions de créance et de dette ne trouvent pas leur place dans cet ouvrage. Elles relèvent de l'étude du régime général des obligations* ».

¹²⁰ V. not. A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11^e éd., LGDJ, 2015, n^o 144, p. 121 où l'auteur fait référence seulement au fait que pour la vente de certains biens incorporels, telle la créance, c'est la notification qui fait office de publicité.

¹²¹ V. *infra* ° 263 s.

¹²² Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 8^e éd., LGDJ, 2016, n^o 67, p. 59 : « *Selon le Code civil, l'objet du transfert peut être un droit réel ou un droit personnel (droit de créance) ; car la cession de créance (art. 1689 à 1701) est conçue comme une vente. En réalité, la cession de créance a cessé d'être un contrat spécial pour devenir une technique neutre permettant de vendre ou de donner une créance, de transmettre un contrat, d'éteindre une obligation ou de constituer une garantie* » (nous soulignons).

Quant au droit colombien, le décalage entre l'approche doctrinale et la consécration normative de la cession de créance est également manifeste. Cependant, comme on a eu l'opportunité de le mentionner précédemment, ce décalage diffère de celui observé en droit français. Bien que la doctrine majoritaire colombienne traite de la cession de créance du point de vue du régime général des obligations¹²³ à l'instar de la doctrine majoritaire française, plusieurs auteurs abordent la cession de créance en la rattachant au droit des contrats spéciaux¹²⁴.

Une telle étude de la cession dans le cadre du droit des contrats se comprend aisément. Rappelons, en effet, que le législateur colombien a prévu l'autonomie de la cession de créance par rapport au contrat de vente, ce qui semblerait *a priori* ne pas être conforme avec la conception de la cession de créance au regard de la théorie générale des obligations. A cet égard, bien qu'il s'agisse d'une position isolée parmi la doctrine colombienne, mentionnons la conception du professeur Ospina Fernandez qui considère, dans son ouvrage sur la théorie générale des obligations, que l'étude de la cession de créance relève du domaine des contrats spéciaux. Le rapprochement de la cession de créance de la théorie générale des obligations devrait à ses yeux se limiter à souligner la reconnaissance expresse par le droit positif de la possibilité de transférer une obligation¹²⁵.

31. On peut donc constater, en dépit du traitement de la cession de créance comme un type de vente dans le Code civil français avant l'ordonnance du 10 février 2016, que la doctrine se prononçait déjà en faveur de son rattachement au régime général des obligations. Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont finalement suivi cette conception doctrinale, la cession de créance étant aujourd'hui traitée dans le cadre du régime général des obligations¹²⁶. Par ailleurs, en examinant les différents avant-projets ayant précédé cette réforme, on peut relever que tous traitaient également de la cession de créance comme d'une opération relevant du régime général des obligations¹²⁷.

À l'instar de la doctrine française dès avant la récente refonte du droit des obligations, la doctrine colombienne étudie la cession dans le cadre du régime général des obligations, même si,

¹²³ V. not. F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, *op. cit.*, n° 314 et s.; A. VALENCIA ZEA et A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, t. III. *De las obligaciones*, *op. cit.*, n° 146 et s.; A. TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones, El acto o negocio jurídico y otras fuentes de obligaciones*, *op. cit.*, n° 289 et s., p. 493 et s.

¹²⁴ V. not. C.GÓMEZ ESTRADA, *De los principales contratos civiles*, *op. cit.*, n° 128 et s.; J.-A. BONIVENTO FERNÁNDEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, *op. cit.*, n° 167 et s.; G. CARDONA HERNANDEZ, *Contratos civiles*, 2^e éd., Ediciones Abogados Librería, 1995, p. 94 et s.; J. SUESCÚN MELO, *Derecho privado*, t. I, *Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, *op. cit.*, p. 26.

¹²⁵ G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, *op.cit.*, n° 461, p. 300. Rapp.J.-G. ESCOBAR MARULANDA et J.-E. OSSA MUNERA, *La naturaleza jurídica de la cesión del crédito*, monografía, Pontificia Universidad Javeriana, 1982, p. 49.

¹²⁶ En effet, la cession de créance est mentionnée au titre IV consacré au Régime général des obligations.

¹²⁷ Par exemple, l'avant-projet Catala traitait de la cession de créance dans un chapitre VI relatif « aux opérations sur créances » lequel faisait partie d'un Titre III consacré aux obligations. Quant à l'avant-projet réalisé sous la direction de F. Terré, la cession de créance était également traitée dans une deuxième partie dédiée au Régime des obligations. Pour ce qui est des avant-projets réalisés pour la Chancellerie, les deux moutures incluait la cession de créance dans un titre concernant le régime général des obligations.

conformément à la voie choisie par le législateur, elle aurait logiquement dû la concevoir comme un contrat spécial.

Ainsi, il est intéressant de noter que les droits français et colombien se rapprochent grâce à la doctrine : nonobstant la différence de traitement législatif accordé à la cession, celle-ci est analysée par la plupart des auteurs, dans les deux systèmes juridiques, comme relevant du régime général des obligations¹²⁸.

32. Cependant, si la cession de créance est étudiée dans le cadre du régime général des obligations, reste à déterminer dans quelle catégorie particulière, parmi celles qui sont classiquement distinguées, il conviendrait de l'inclure. S'agit-il d'une opération créatrice d'une obligation ? Ou faut-il la traiter comme une opération extinctive ? Doit-on plutôt l'appréhender comme une opération translatrice ? À ce propos, les doctrines majoritaires française¹²⁹ et colombienne¹³⁰ n'hésitent pas à classer la cession de créance parmi les opérations translatoires d'obligation. Corroborant ce constat, on peut relever que dans la première mouture du projet de réforme du droit des obligations français¹³¹, la Chancellerie avait envisagé une catégorie intitulée « *La modification du rapport d'obligation* » (chapitre IV) en créant une sous-catégorie relative aux opérations translatoires d'obligation comprenant la cession de créance.

33. Si la doctrine généraliste analyse communément la cession de créance en une opération translatrice d'obligation, on peut faire le même constat quant à la doctrine spécialisée. En effet, certains auteurs ayant dédié leurs travaux à l'étude de la cession de créance, ou d'un aspect particulier

¹²⁸ Le régime général des obligations concerne l'ensemble des dispositions régissant les aspects communs à toutes les obligations indépendamment de leur origine, aspects tels que leur formation, leur transmission ainsi que leur extinction. Cela correspond aussi à ce qu'on connaît classiquement comme la théorie générale des obligations. Cela explique que ces deux expressions puissent être utilisées comme synonymes. V. en ce sens J. CARBONNIER, *Droit civil, t. II, Les biens, Les obligations, op. cit.*, n° 1229, p. 2445 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1075, p. 1125 ; J. FRANÇOIS, *Traité de Droit civil, Les obligations, t. IV, Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 1, p. 2 et s ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op. cit.* n° 9, p. 17.

¹²⁹ V. les auteurs cités *supra* note 94. Adde J. GHESTIN, « La transmission des obligations en droit positif français », *La transmission des obligations*, Travaux des IX^{es} journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations, Bruylant, LGDJ, 1980, n° 2, p. 6 : « *L'obligation ne pouvait naître que de certaines formes, qui devaient nécessairement être accomplies par le créancier et le débiteur en personne. Pour modifier l'un ou l'autre, il fallait accomplir de nouvelles formalités qui faisaient naître une obligation nouvelle, sans pouvoir transmettre l'obligation initiale, avec ses caractéristiques et ses garanties* ». ; Ph. SIMLER, « Cession de dette, cession de contrat », *Le nouveau régime général des obligations*, art. préc., p.101 : « *Si le lien d'obligation peut ainsi être transmis sans rupture par un cédant à un cessionnaire dans sa dimension active, pourquoi ne pourrait-il pas l'être dans sa dimension passive ? Si A, créancier de B, cède sa créance, ou si B, débiteur de A, cède sa dette, c'est bien du même lien d'obligation qu'il s'agit. Pourquoi ce qui est possible dans un sens serait-il conceptuellement impossible dans l'autre ?* » (nous soulignons).

¹³⁰ La doctrine colombienne a été largement influencée par la doctrine chilienne, laquelle ne remet pas en cause l'appréhension de la cession en tant qu'un acte permettant le transfert de l'obligation envisagée activement : A. ALESSANDRI RODRIGUEZ, *Derecho civil, Teoría general de las obligaciones*, Editorial jurídica Ediar-conosur Ltda, 1988, p. 320-325.

¹³¹ Il s'agit du projet du 23 octobre 2013. Cette présentation est par ailleurs défendue par un auteur français dans son ouvrage dédié au régime général de l'obligation : A. SERIAUX, *Droit des obligations, op. cit.*, nos 168 et s. où l'auteur traite de la cession de créance dans une section I intitulée « La modification par transmission du lien d'obligation » faisant partie d'un chapitre 2 relatif à « La modification du lien d'obligation ».

de celle-ci, confortent l'appréhension de la cession en un acte translatif d'obligation envisagée activement.

B- La doctrine spécialisée

34. Il est possible d'identifier, dans la doctrine française comme dans la doctrine colombienne, plusieurs travaux portant sur la cession de créance dans lesquels leurs auteurs ne remettent pas en question l'analyse de la cession en un acte translatif d'obligation.

Pour ce qui est du droit français, on peut citer une thèse intitulée *Les cessions contractuelles de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes* dans laquelle l'auteur emploie les expressions *circulation de l'obligation* et *cession de créance* en tant que synonymes. Ce rapprochement est particulièrement mis en évidence dans l'analyse qu'il propose de l'évolution historique de la cession de créance en droit français et en droit allemand¹³², ainsi que dans son examen des effets de la cession à l'égard du débiteur cédé¹³³. De même, on peut citer l'étude de M. Lachièze relative au régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes, ou celle de M. Ansaloni sur la situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances. Dans la première étude, l'auteur distingue les opérations translatives des opérations créatrices d'obligations. La cession de créance est présentée comme une opération juridique à trois personnes translatrice d'obligation : « *L'opération de transfert d'un rapport d'obligation peut consister en un changement de créancier, ou bien en un changement de débiteur* »¹³⁴. Quant à la seconde étude, M. Ansaloni ne remet pas en cause la conception classique de la cession de créance selon laquelle il s'agit d'une opération translatrice d'obligation : « *L'opération ne produit pas d'effet obligatoire*

¹³²L'auteur explique l'évolution de ce qu'il considère comme la circulation de l'obligation depuis le droit romain et jusqu'au droit antérieur aux codes civils français et allemand. Il comprend le phénomène de la circulation de l'obligation comme la possibilité de changer soit le débiteur, soit le créancier. Reconnaisant que la cession de créance entraîne le changement de créancier, il s'explique l'assimilation faite de la circulation de l'obligation à la cession de créance. E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, Préf. F. Ranieri, LGDJ, 2001, n° 22, p. 20-21 : « *Dans la conception romaine initiale, l'obligation contractuelle était considérée comme un lien strictement personnel entre deux parties qui avaient conclu le contrat. La conception que le débiteur ou le créancier pouvait changer mais que l'obligation restait identique était étrangère à la pensée juridique romaine. Par conséquent, le droit romain ne reconnaissait ni la stipulation pour autrui, ni le mandat direct, ni la cession de créance* ». Voir égal. n° 78, p.55 : « *Pour admettre la circulation de l'obligation, les doctrines française et allemande ont dû faire un grand effort d'adaptation des concepts juridiques. Si les droits français et allemand sont les héritiers directs du droit romain, la cession de créance n'a pas été réceptionnée de la même façon dans les deux droits. À la différence du droit romain, les droits français et allemand ont immédiatement admis la cession d'un droit complet* » (nous soulignons).

¹³³E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, *ibidem*, n° 667, p. 405 : « *Pendant longtemps, en droit français comme en droit allemand, la circulation de l'obligation avait été écartée en raison de sa nature, un lien personnel entre un créancier et un débiteur. L'évolution du droit a conduit à admettre une patrimonialisation de la créance, objet du commerce juridique. Pour autant le caractère personnel de la créance n'a pas disparu. Une fois que la cession de créance fut admise, il fallait envisager, en droit français comme en droit allemand, la protection du débiteur cédé* » (nous soulignons).

¹³⁴Ch. LACHIEZE, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, *op.cit.*, n° 487, p. 479.

à son encontre (débiteur) ; elle ne lui est pas non plus opposable. Simplement l'opération produit un effet translatif dont le débiteur est, en tant que sujet passif de l'obligation transmise, un des objets »¹³⁵.

L'étude menée par le professeur Larroumet mérite aussi quelques remarques. Il a été le premier auteur contemporain¹³⁶ à mettre en lumière la particularité de la cession de créance en tant qu'opération juridique à trois personnes. Afin de mieux comprendre la portée de son travail, il est pertinent de rappeler sa définition des opérations juridiques à trois personnes : « *Convention qui, soit conclue entre trois personnes, soit conclue entre deux personnes seulement agissant en leur propre nom, a pour effet d'entraîner la création, soit d'un seul lien de droit entre deux des trois participants ou entre un des deux participants et la personne qui n'a pas participé à la conclusion de l'opération, soit d'un double rapport de droit entre l'un des trois participants et les deux autres, chacun étant alors titulaire d'un rapport différent et indépendant de l'autre, ou entre les deux participants, d'une part, et l'un des participants et la personne qui n'a pas participé à la conclusion de l'opération, d'autre part* »¹³⁷. Partant de cette définition générale, le professeur Larroumet distingue deux sortes d'opérations juridiques à trois personnes : les opérations qui réalisent la substitution d'une personne à une autre dans un rapport d'obligation et celles qui créent directement des droits ou des obligations. La cession de créance est classée dans la première catégorie dans la mesure où elle implique que le cessionnaire vienne occuper la place du cédant dans le rapport originaire¹³⁸. En d'autres termes, cet auteur appréhende la cession de créance comme une opération juridique à trois personnes translatrice d'obligation.

Quant au droit colombien, on peut mentionner l'étude de MM. Escobar Marulanda et Ossa Munera sur la nature juridique de la cession de créance. Les auteurs l'identifient, sans conteste, à un transfert actif d'obligation. Le fait qu'ils fassent indistinctement référence tout au long de leur travail aux expressions « cession de créance » et « transfert de l'obligation » en témoigne¹³⁹.

35. Par ailleurs, la conception classique de la cession de créance en tant que transfert d'obligation envisagée d'un point de vue actif est retenue par le droit positif de certains pays. Par

¹³⁵ G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, thèse préc., n° 16, p. 19 : « *Même si l'aptitude du débiteur à renseigner les tiers est souvent contestée, il faut bien reconnaître que celui-ci, en tant que sujet passif de l'obligation transmise, occupe une situation centrale que les tiers ne peuvent ignorer, ne serait-ce que pour obtenir de lui le paiement de la dette* » (nous soulignons).

¹³⁶ Certains auteurs classiques faisaient déjà référence à la cession de créance comme étant une opération intéressant trois personnes : Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t.XI, *La vente, Le louage des choses*, par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, n° 353, p. 285 : « *L'opération [cession de créance], au lieu de supposer deux personnes seulement, le vendeur et l'acheteur, comme quand il s'agit d'une vente ordinaire, en suppose nécessairement trois* ».

¹³⁷ Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse préc., t. I, n° 7, p. 12. Voir également à propos de l'analyse de la cession en une opération juridique à trois personnes : J. FRANÇOIS, *Traité de Droit civil, Les obligations*, t.IV, *Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 450, p. 446.

¹³⁸ Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse préc., t. I, n° 10, p. 20.

¹³⁹ J.-G. ESCOBAR MARULANDA et J.-E. OSSA MUNERA, *La naturaleza jurídica de la cesión del crédito*, *op. cit.*, n° 3, p. 9.

exemple, le Code civil brésilien¹⁴⁰ et le Code civil mexicain¹⁴¹ prévoient que la cession de créance opère un transfert d'obligation à l'instar d'autres procédés tels que la reprise de dette et la subrogation personnelle. Le Code civil québécois dispose de manière comparable que la cession de créance et la subrogation personnelle sont des dispositifs permettant de transmettre une obligation¹⁴². Le point commun à ces systèmes juridiques est de traiter la cession de créance dans le cadre du régime général des obligations, et plus spécifiquement comme un cas particulier de transfert d'obligation.

36. On voit ainsi que les doctrines civilistes française et colombienne jouent un rôle prépondérant dans l'analyse de la cession de créance en un transfert d'obligation envisagée activement. Cette thèse est en outre consacrée dans le droit positif de certains systèmes juridiques étrangers. Elle a un fondement historique.

§2 –Le fondement historique de l'analyse

37. La plupart des historiens en droit privé français étudient l'évolution de la cession de créance depuis le droit romain jusqu'au Code Napoléon, en passant par l'Ancien droit. Tout au long de leurs développements, ils l'envisagent comme un cas de transmission d'une obligation entre vifs¹⁴³. Leurs analyses prétendent démontrer le passage de l'intransmissibilité de l'obligation propre à l'ancien droit romain, en raison de son caractère strictement personnel, à sa transmissibilité directe dans nos législations modernes, permise par l'objectivation de l'obligation¹⁴⁴. Ils se réfèrent en outre à une étape

¹⁴⁰ Le Code civil brésilien de 2002 est divisé dans deux parties : l'une générale et l'autre spéciale. La partie spéciale est divisée en plusieurs livres dont le premier concerne le droit des obligations. Ce livre premier est divisé en plusieurs titres dont le titre second concerne la transmission des obligations. Ce titre second est divisé en deux chapitres : le Chapitre premier traite de la cession de créance (art. 286 à 298) et le Chapitre second étudie l'assomption de dette (art. 299 à 303) : M.-E. CAMACHO LOPEZ, *Cesión de créditos : del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 329.

¹⁴¹ Le Titre troisième du Code civil mexicain concerne la transmission des obligations. Il est divisé en trois chapitres : le Chapitre premier dispose sur la cession des droits, le Chapitre second concerne la cession de dette, et enfin le Chapitre troisième aborde la subrogation personnelle. Voir à propos du traitement de la cession de créance comme un cas de transmission de l'obligation : M.-E. CAMACHO LOPEZ, *Cesión de créditos : del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, *op.cit.*, p. 324.

¹⁴² La Chapitre septième du Code civil du Québec s'intitule « *De la transmission et des mutations de l'obligation* ». Les deux premières sections disposent sur la transmission de l'obligation. Ainsi, la Section première concerne la cession de créance (art. 1637 à 1650) et la Section seconde dispose sur la subrogation. (art. 1651 à 1659). Pour leur part, les Sections troisième et quatrième concernent les mutations de l'obligation, régissant la novation (art. 1660 à 1666) et la délégation (art. 1667 à 1670) respectivement. V. À propos de l'explication de ce chapitre D. LUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, 2^e éd., Les Editions Thémis, 2012, nos 3013 et 3014.

¹⁴³ J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n° 706 et s., p. 1047 et s. ; P. OURLIAC et J. De MALAFOSSE, *Histoire du Droit privé*, t. I, *Les obligations*, 2^e éd., PUF, 1969, n° 212, p. 235-236 ; J. GAUDEMET et E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, 3^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2009, p. 258 ; P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd. Par Félix Senn, Rousseau, 1929, réédition Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2003, p. 777 ; D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007, p. 42 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, *Les biens, Les obligations*, *op.cit.*, n° 1234, p. 2457 ; G. LEPOINTE et R. MONIER, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Sirey, 1954, p. 396 et s. ; E. PETIT, *Tratado elemental de derecho romano*, trad.esp. de J. Fernandez Gonzalez, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, n° 489 et s.

¹⁴⁴ Voir not. E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, *op. cit.*, p. 448.

de transmissibilité indirecte de l'obligation par le biais de mécanismes détournés de leur finalité première tels que la *novatio* et la *procuratio in rem suam*.

Quant à l'utilisation de la novation comme moyen de transférer une obligation, elle a été possible dès la mise en place des actions de la loi et la *stipulatio* aurait été le moyen le plus employé pour son accomplissement. Ce procédé demandait l'intervention du débiteur : celui-ci devait s'engager envers un nouveau créancier à accomplir la prestation qu'il devait à son ancien créancier¹⁴⁵. Dès lors, le débiteur pouvait se libérer à l'égard de ce dernier tout en restant engagé à l'égard du nouveau créancier. Dans ce cas, le débiteur s'engageait à exécuter la même prestation *-idem debitum-* que celle à laquelle il était tenu envers son créancier initial. Certains auteurs n'ont pas hésité à affirmer que la novation accomplissait effectivement un transfert de l'obligation¹⁴⁶. La raison en était que l'obligation nouvelle avait le même objet, *i.e.* la même prestation, même si l'action ou la chose matérielle due n'était pas identique¹⁴⁷. Cependant, d'autres ont refusé la véritable nature translatrice de ce mécanisme : la nécessité du consentement du débiteur et la perte des accessoires de l'obligation primitive empêcheraient d'affirmer l'existence d'une succession à la créance d'autrui¹⁴⁸.

Afin de tenter de pallier ces défauts, les Romains se sont servis du procédé de la *procuratio in rem suam* afin de permettre au cessionnaire d'exercer l'action même du cédant à l'encontre du débiteur cédé¹⁴⁹. La mise en œuvre de ce procédé n'a été possible qu'à partir du développement de la procédure formulaire, car celle-ci permettait, contrairement au système des actions de la loi, la représentation en justice des parties¹⁵⁰. Il présentait une particularité par rapport au mandat : tandis que ce dernier profitait au mandant, la *procuratio in rem suam* bénéficiait au *procurator* ou *cognitor* puisque l'opération était réalisée dans son propre intérêt¹⁵¹. Le but précis de la *procuratio in rem suam* était la

¹⁴⁵ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, *op. cit.*, p. 43-46 ; Th. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et la transmission des créances*, t.I, *op. cit.*, n° 149 et s., p. 211-215.

¹⁴⁶ P. GIDE, *Etudes sur la novation et le transport des créances en droit romain*, Paris, L. Larousse, 1879, p. 139-140 : « Les deux règles que je viens de poser circonscrivent et définissent la notion d'*idem debitum*. L'identité d'obligation et d'action n'est pas nécessaire ; l'identité matérielle de la chose due n'est pas suffisante. Le *debitum*, ce n'est ni l'obligation elle-même, ni l'objet matériel de l'obligation, c'est son objet juridique, c'est la prestation qu'on peut exiger du débiteur ». Voir également : J. GAUDEMET et E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, *op. cit.*, p. 258 : « Le caractère strictement personnel du rapport d'obligation dû s'incliner devant des considérations d'ordre économique. C'est vers la fin de la République, lorsque les relations d'affaires prirent plus d'ampleur, que fut organisé le transfert (« la cession ») des créances. Divers procédés furent imaginés. D'abord la novation par changement de créancier, en déléguant un nouveau créancier et en éteignant la créance primitive. C'était faire naître une créance nouvelle, ayant le même objet, mais pas nécessairement les mêmes garanties » ; Th. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et la transmission des créances*, t.I, *op. cit.*, n° 149, p. 212-213.

¹⁴⁷ Voir d'une manière approfondie à propos de la portée de la thèse de Gide : M.-E. CAMACHO LOPEZ, *Cesión de créditos : del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, *op. cit.*, p. 56 et s.

¹⁴⁸ J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, *op. cit.*, n° 707, p. 1048 ; R. SALEILLES, *La théorie générale de l'obligation*, *op. cit.*, n° 76, p. 65 ; D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, *op. cit.*, p. 43 ; E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des romains*, Plon, LGDG, Paris, 1917, p. 638. Voir cependant l'argumentation de Gide tendant à expliquer le transfert des exceptions, accessoires et privilèges par le rôle de la volonté : P. GIDE, *Etudes sur la novation et le transport des créances en droit romain*, *op. cit.*, p. 271-272.

¹⁴⁹ P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, *op. cit.*, p. 777 ; P. OURLIAC et J. De MALAFOSSE, *Histoire du Droit privé*, t. I, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 214, p. 236-237.

¹⁵⁰ Voir à propos de la procédure formulaire : J.-P. MOLITOR, *Les obligations en droit romain*, t. II, 2^e éd., 1867, n° 1182, p. 634.

¹⁵¹ C'est précisément pour cela que ce procédé n'a pas été possible sous le système des actions de la loi, parce que dans celui-ci le principe était l'impossibilité d'agir en justice au nom d'autrui. Sous la procédure formulaire, le mandataire judiciaire

désignation d'un représentant pour l'exercice d'une action. Contrairement à la novation, ce mécanisme pouvait être mis en œuvre également pour les actions réelles et n'étaient nécessaires ni l'intervention, ni le consentement du débiteur cédé¹⁵². En outre, parce qu'il permettait que les accessoires de la créance soient maintenus, les auteurs n'hésitent pas à affirmer l'avantage de ce procédé au regard de la novation¹⁵³.

Cependant, la *procuratio in rem suam* n'a pas non plus été exempte de difficultés dans la mesure où le droit ne passait au *procurator* que par *litisconstestatio*¹⁵⁴. Avant celle-ci, le mandant restait titulaire de la créance. Il pouvait recevoir le paiement et disposer de la créance, notamment en donnant une nouvelle procuration. Cependant, le mandat étant un contrat conclu *intuitu personae*, les risques de révocabilité et d'extinction par la mort du mandant avant la *litisconstestatio* n'étaient donc pas négligeables¹⁵⁵. Ces défaillances ont favorisé le développement, à partir de l'époque impériale, de deux instruments complémentaires tendant à renforcer la sécurité du *procurator in rem suam* : l'*actio utilis* et la *denuntiatio*. Le *procurator* s'est vu reconnaître une *actio utilis* dans tous les cas où la survenance d'une circonstance exceptionnelle, telle que l'extinction du mandat par révocation ou mort du mandant avant la *litisconstestatio*, l'aurait empêché d'exercer une des actions *mandatae* ; ces dernières étant les seules qui en principe lui étaient accordées en vertu du mandat. Les « actions utiles » étaient donc possibles même dans les cas où n'avait été conclu aucun mandat mais le créancier se trouvait alors juridiquement obligé de transférer sa créance, par exemple lorsque celle-ci avait été constituée en dot¹⁵⁶. Cependant, restait encore le danger issu de l'absence de *litisconstestatio*. En effet, avant son accomplissement, le créancier cédant conservait les actions directes, donc il pouvait recevoir le paiement du débiteur ou lui octroyer une remise de la dette. Il pouvait aussi réaliser un second transfert de la créance portant ainsi atteinte aux droits du premier cessionnaire. Il était alors nécessaire de trouver un moyen d'assurer au *procurator in rem suam* le bénéfice du transfert de la créance dès avant la *litisconstestatio*. Ce moyen était la *denuntiatio* qui désignait la notification au débiteur cédé de la procuration qui avait eu lieu. Une fois celle-ci accomplie, le débiteur était empêché de se libérer entre les mains du cédant ou mandant, ou même entre les mains d'un second cessionnaire¹⁵⁷. Le but de cette notification était de retirer au cédant la

(*cognitor, procurator*) se fait délivrer une formule qui prescrit au juge de condamner le débiteur envers le mandataire si le mandant est le créancier ; puis, la condamnation obtenue, il peut en recouvrer le montant sauf son obligation de rendre compte au mandant. On va constituer le cessionnaire mandataire judiciaire, mais avec dispense de rendre compte (*cognitor, procurator in rem suam*).

¹⁵²P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain, op.cit.*, p.780 ; Th. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession de créances*, t. I, *op.cit.*, n° 151, p. 216.

¹⁵³J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil, op.cit.*, n° 708, p. 1049.

¹⁵⁴À propos de la *litisconstestatio*, J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil, op.cit.*, n° 20, p. 16 et n° 708, p. 1049.

¹⁵⁵P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain, op.cit.*, p. 779 ; J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil, op.cit.*, n° 708, p. 1049.

¹⁵⁶A.-E. GIFFARD et R. VILLIERS, *Droit romain et ancien droit français, Obligations*, 4^e éd., Dalloz, 1976, n° 454, p. 327.

¹⁵⁷M.-E. CAMACHO LÓPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno, op.cit.*, p. 190.

libre disposition de la créance¹⁵⁸. Le même bénéfice était accordé au mandataire dans les cas où il avait reçu un paiement partiel du débiteur cédé. Les avantages pour le cessionnaire de cette *actio utilis* et de la *denuntiatio* ont conduit la plupart des auteurs à reconnaître que c'était précisément à partir de leur application que le principe de cessibilité de l'obligation était né¹⁵⁹.

En tout état de cause, la doctrine s'accorde pour affirmer que l'intransmissibilité initiale de l'obligation s'expliquait par son caractère strictement personnel. Ainsi, ce serait le passage, après une longue évolution, d'une responsabilité personnelle du débiteur à une responsabilité patrimoniale qui aurait permis d'admettre la possibilité de transmettre l'obligation activement, par acte entre vifs¹⁶⁰.

38. Les auteurs colombiens qui se sont intéressés à l'étude de l'ancien droit romain ainsi qu'à l'histoire du droit des obligations expliquent aussi que la cession de créance telle qu'elle est prévue dans la législation civile colombienne puise ses origines dans le droit romain. Le passage d'une totale intransmissibilité de l'obligation en raison de son caractère strictement personnel à une transmissibilité indirecte à travers le recours à des mécanismes détournés est également reconnu. En outre, les auteurs insistent sur le fait que la transmissibilité de l'obligation à cause de mort a constitué une première étape vers la reconnaissance postérieure d'une transmissibilité entre vifs à travers la cession de créance¹⁶¹.

Par ailleurs, il est intéressant de noter que les auteurs colombiens s'appuient fortement sur les travaux du professeur chilien Guzman Brito. Cette référence s'explique notamment par le fait que les dispositions régissant la cession de créance dans le Code civil colombien reprennent celles du Code civil chilien. Cet auteur ne refuse pas l'assimilation de la cession de créance à la cession d'obligation. En effet, il reconnaît la transmissibilité de l'obligation entre vifs et se réfère expressément à la cessibilité de l'obligation, soit en raison d'une cession de dette, soit en raison d'une cession de créance¹⁶².

39. **CONCLUSION DE LA SECTION I.** La doctrine majoritaire, française comme colombienne, privilégie l'analyse de la cession de créance en un acte translatif d'obligation envisagée

¹⁵⁸ A.- E. GIFFARD et R. VILLIERS, *Droit romain et ancien droit français, Obligations, op.cit.*, n° 454, p. 328 ; P. OURLIAC et J. De MALAFOSSE, *Histoire du Droit privé*, t. I, *Les obligations, op.cit.*, n° 212, p. 236 ; E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes, op.cit.*, n° 26, p. 23.

¹⁵⁹ J. FRANÇOIS, *Traité de Droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., *op.cit.*, n° 449, p. 445-446 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les obligations*, t. II, *Le régime, op.cit.*, n° 350, p. 313 ; J. GHESTIN, « La transmission des obligations en droit positif français », in *La transmission des obligations*, Travaux des IX^{es} journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations, art. préc., n° 2, p.6-7.

¹⁶⁰ D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations, op. cit.*, p. 42 : « Les Romains n'ont aménagé que tardivement et limitativement cette circulation des obligations que le Code civil n'a pas franchement favorisée. Pour eux, et parce qu'elle crée un lien de nature personnelle, la créance n'est en principe ni cessible ni transmissible. Du moins est-ce là la conception ancienne, dans laquelle l'obligation, parce qu'elle reste fondée sur un lien personnel de confiance très fort, n'est pas encore perçue comme un bien comme les autres » ; Y. EMERICH, *La propriété des créances, approche comparative*, Préf. F. Zenati-Castaing, LGDJ, 2007, n° 117, p. 71.

¹⁶¹ F. ESPITIA GARZON, *Historia del Derecho Romano*, 2^e ed., Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 227 ; C.-J. MEDELLIN ALDANA, C. MEDELLIN FORERO et C.-E. MEDELLIN BECERRA, *Lecciones de derecho romano*, 14^e ed., Temis, 2000, p.188 et s.

¹⁶² A. GUZMAN BRITO, *Derecho privado romano*, t.II, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 285.

activement. Cette vision est en outre confortée par le droit positif de certains systèmes juridiques étrangers qui traitent de la cession comme d'une transmission d'obligation. L'analyse historique relative à l'évolution de la cession de créance, de l'ancien droit romain jusqu'à nos jours, sert de fondement à cette conception. En effet, la plupart des auteurs s'accordent à propos du passage de l'intransmissibilité de l'obligation dans l'ancien droit romain, à cause du caractère strictement personnel de cette dernière, à sa transmissibilité dans nos systèmes juridiques modernes, à travers son objectivation. Il reste à déterminer les raisons pouvant justifier ou expliquer cette analyse dominante.

Section II- Les raisons de cette analyse

40. Sans souci d'exhaustivité, il est possible d'identifier trois principales raisons permettant d'expliquer l'analyse dominante selon laquelle la cession de créance est un acte translatif d'obligation. La première consiste dans la difficulté de distinguer la créance de l'obligation (§1). La deuxième réside dans le caractère ambigu de l'expression « *transfert d'obligation* » (§2). La troisième enfin est liée à l'influence de la reconnaissance du principe de la transmission universelle des obligations à cause de mort (§3).

§1- La difficulté de distinguer la créance de l'obligation

41. La notion d'obligation est équivoque¹⁶³. Dans un sens général, elle évoque l'idée de devoir en se rapprochant ainsi des notions de charge ou d'incombance. Dans un sens technique, celui qui nous intéresse, la notion d'obligation est également ambiguë : elle peut désigner non seulement le droit de créance, mais aussi l'engagement du débiteur ou la dette¹⁶⁴. La confusion entre créance et obligation est une réalité. Deux principales raisons peuvent l'expliquer : la première tient à l'appréhension de la créance comme étant une simple représentation de l'obligation (A) ; la seconde résulte du fait que nos législateurs civils ont gardé le silence à propos d'une définition technique de l'obligation (B).

¹⁶³ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1, p. 1 ; Y. PICOD, V° « Obligations », *Rép. civ.*, janv. 2006 (maj avril 2016), n° 4 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. I, *L'acte juridique*, 15^e éd., Sirey, 2012, n° 38, p. 27 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op.cit.*, n° 1271, p. 1260 ; A. BENABENT, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 1, p. 17 ; J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, 1992, n° 16, p. 28-29. En droit colombien: W. NAMÉNVARGAS, « El concepto de la relación obligatoria », art. préc., n°7, p. 26 ; F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes, op. cit.*, n° 1, p. 55 ; A. TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones, El acto o negocio jurídico y otras fuentes de obligaciones, op. cit.*, n° 16, p. 49 ; G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones, op.cit.*, n° 15, p. 20.

¹⁶⁴ V. not. G. CORNU, *Vocabulaire Juridique de l'Association Henri Capitant, op.cit.*, V° « Obligation ».

A- L'appréhension de la créance comme une simple représentation de l'obligation

42. La doctrine majoritaire, tant en France¹⁶⁵ qu'en Colombie¹⁶⁶, s'accorde pour affirmer que la définition de l'obligation que l'on connaît aujourd'hui correspond à celle prévue dans les *Institutes* de Justinien selon laquelle l'obligation est « *un lien de droit par lequel nous sommes tenus nécessairement de payer quelque chose à quelqu'un selon le droit de notre cité* »¹⁶⁷.

Les origines de cette conception abstraite de l'obligation restent incertaines. Cependant, de nombreux auteurs affirment que cette théorie remonterait à la période classique du droit romain¹⁶⁸. Un nombre significatif d'entre eux considère en effet que l'ancien droit romain n'aurait pas connu une conception abstraite de l'obligation. Celle-ci n'aurait consisté, dans sa forme primitive, que dans un état d'assujettissement d'un individu ou d'une chose. Ce ne serait donc qu'à partir de la loi *poetelia papiria* de 326 avant J.C. que la prise en compte de l'obligation en tant que lien de droit se serait imposée. À partir de cette époque, le débiteur aurait été tenu de ses dettes par l'exécution de la créance sur son patrimoine et non plus sur sa personne¹⁶⁹.

43. Ni la doctrine classique ni la doctrine moderne ne remettent en cause la définition de l'obligation empruntée au droit romain. Cependant, elles se distinguent quant à la manière de la présenter. Tandis que les uns préfèrent mettre en avant la position du créancier, les autres préfèrent se concentrer sur la position du débiteur. Dans la première hypothèse, l'obligation est définie comme un lien de droit entre deux personnes en vertu duquel l'une d'elles, le créancier, peut exiger de l'autre, le débiteur, l'accomplissement d'une prestation en sa faveur¹⁷⁰. Dans la seconde hypothèse, l'obligation

¹⁶⁵ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. I, *Contrat et engagement unilatéral*, *op.cit.*, n° 1, p. 1; J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 436, p. 644; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, *op.cit.*, n° 4, p. 1-2; Ch. KRAMPE, « Obligation comme bien. Droit français et allemand », *APD*, t. 44, *L'obligation*, Dalloz, 2000, p. 207; G. CORNIL, « Debitum et obligatio. Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine », *Mélanges P.-F. Girard*, t. 1. Librairie Arthur Rousseau, 1912, p. 199.

¹⁶⁶ F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, *op. cit.*, n° 4., p. 60; R. URIBE HOLGUIN, *De las obligaciones y de los contratos en general*, 2^e ed., Temis, 1982, n° 2, p. 4; J. CUBIDES CAMACHO, *Obligaciones*, *op. cit.*, p. 34; A. TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones, El acto o negocio jurídico y otras fuentes de obligaciones*, *op. cit.*, n° 3, p. 28; A. PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, 1^{ère} part., vol. 1, Universidad Nacional de Colombia, 1950, n° 2, p. 11.

¹⁶⁷ *Institutes* de Justinien III, 13 : « *obligatio est juris vinculum, quo necessitate astringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura* »; J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, *op. cit.*, n° 6, p. 17.

¹⁶⁸ J. GAUDEMET, « Naissance d'une notion juridique, Les débuts de l'« obligation » dans le droit de la Rome antique », *APD*, t. 44, *L'obligation*, Dalloz, 2000, p. 19-32.; R.-M. RAMPELBERG, « L'obligation romaine : Perspective sur une évolution », *APD*, t. 44, *L'obligation*, Dalloz, 2000, p. 67.; F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, *op. cit.*, n° 4, p. 60.

¹⁶⁹ En droit français : J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, *op. cit.*, n° 9, p. 20; D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, *op.cit.*, p. 10; E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des romains*, *op.cit.*, p. 363 et s. En droit colombien : F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, *ibidem*, n° 6, p. 62; J. CUBIDES CAMACHO, *Obligaciones*, *op. cit.*, p. 42; G. OSPINA FERNANDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, *op.cit.*, n° 2, p. 9.

¹⁷⁰ En droit français : A. WEILL et F. TERRE, *Droit civil, Les obligations*, 2^e éd., Dalloz, 1975, n° 1, p. 1; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. I, *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 2, p. 2; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 2, p. 1. En droit colombien : A. PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, 1^{ère} part., vol. 1, *op. cit.*, n° 2, p. 11; A. VALENCIA ZEA et A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, t. III. *De las obligaciones*, *op. cit.*, p. 2.

est définie comme un lien de droit en vertu duquel le débiteur est assujéti à l'accomplissement d'une prestation en faveur du créancier¹⁷¹.

44. Ces deux présentations de l'obligation ont conduit les doctrines majoritaires française et colombienne à confondre les notions d'obligation, de créance et de dette. Il n'y aurait donc pas de réelle différence entre celles-ci. Il s'agirait simplement d'envisager l'obligation d'un point de vue différent : tandis que la créance serait l'obligation envisagée activement ou du point de vue du créancier, la dette serait l'obligation envisagée passivement ou du point de vue du débiteur. En d'autres termes, la créance et la dette ne seraient que de simples représentations de l'obligation¹⁷². Ainsi, si la créance est l'obligation envisagée du point de vue du créancier, la transmission de la créance ne serait que la transmission de l'obligation activement. Les auteurs précisent le caractère actif de la transmission afin d'insister sur le fait que c'est le droit du créancier qui constitue l'objet du transfert¹⁷³.

45. Mais la difficulté de distinguer la créance de l'obligation n'est exclusive ni du droit français ni du droit colombien. Dans d'autres systèmes juridiques, la doctrine éprouve cette même difficulté. Par exemple, en droit espagnol, la position du professeur Santos Briz témoigne de cet embarras. En cherchant à distinguer le droit réel du droit de créance, cet auteur n'hésite pas à faire un

¹⁷¹ En droit français : G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XII, *Des obligations*, t. I, *op.cit.*, n° 1, p. 1 ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code de Napoléon*, t. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, 2^e éd., Durand, Hachette, Paris, n° 2, p. 2 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, *Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, n° 922, p. 1917 ; Th. HUC, *commentaire théorique et pratique du code civil*, t. VII, Pichon, Paris, 1894, n° 1, p. 6. En droit colombien : J. CUBIDES CAMACHO, *Obligaciones*, *op. cit.*, p. 33 ; A. TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones, El acto o negocio jurídico y otras fuentes de obligaciones*, *op. cit.*, n° 4, p. 28 ; F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, *op. cit.*, n° 1, p. 55 ; R. URIBE HOLGUIN, *De las obligaciones y de los contratos en general*, *op. cit.*, n° 2, p. 4. Il faut remarquer que l'article 1495 du Code civil colombien insiste sur l'aspect passif de l'obligation.

¹⁷² V. not. N. THOMASSIN, « La date de naissance des créances contractuelles », *RTD com.* 2007, spéc. n° 7, p. 655 : « Entre obligation, créance et dette, ce n'est pas le phénomène juridique qui change, mais l'angle sous lequel il est contemplé » ; V. également, Ch. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil*, t. III, *Les obligations, le contrat*, 8^e éd., *op. cit.*, n° 1, p. 1-2 : « L'objet de cet ouvrage est l'étude des droits personnels ou de créance. En effet l'obligation n'est rien d'autre que la créance envisagée du côté passif, c'est-à-dire du côté du débiteur » ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, *Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, p. 1917 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XII, *Des obligations*, t. I, *op.cit.*, n° 2, p. 2 : « L'obligation a donc deux faces : suivant qu'on envisage par rapport au débiteur ou par rapport au créancier » ; G.MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les obligations*, t. II, *Le régime*, *op. cit.*, n° 348, p. 311 ; Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 16^e éd., LexisNexis, n° 387, p. 356 : « Quant aux obligations, qui constituent le passif du patrimoine, c'est l'envers des droits personnels, ce sont les dettes » ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, 13^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2007, n° 51, p.36 : « Ce rapport juridique, ce rapport fondamental, ce lien de droit, ce « vinculum juris », c'est, précisément, l'obligation (...) C'est pourquoi ce lien de droit porte deux autres noms : vue du côté actif, l'obligation se nomme créance, vu du côté passif, dette. Créance, dette, obligation : trois mots pour désigner le même rapport, vu sous des angles différents » (nous soulignons). En droit colombien : A. TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones, El acto o negocio jurídico y otras fuentes de obligaciones*, *op.cit.*, n° 289, p. 493 ; W. NAMÉN VARGAS, « El concepto de la relación obligatoria », art. préc., n° 8, p. 28 ; J. CUBIDES CAMACHO, *Obligaciones*, *op. cit.*, p. 396 ; F.- A. CASTILLO MAYORGA, « La cesión de crédito », art. préc., p. 415 : « Droit personnel et obligation sont deux faces d'une même médaille » ; G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, *op.cit.*, n° 1, p. 9.

¹⁷³ J. SANTOS BRIZ, *Derecho civil, Teoría y práctica, derecho de obligaciones*, t.3, *La obligación y el contrato en general, derecho de daños*, Editorial Revista de Derecho privado, 1973, p. 21.

amalgame entre la créance et l'obligation dans les termes suivants : « *tandis que le droit réel confère un droit sur une chose, la créance ou droit d'obligation confère le droit à une chose* »¹⁷⁴.

46. Malgré la tendance à confondre la créance et l'obligation, le droit français assiste néanmoins depuis quelque temps à un important mouvement de mise en cause de cette vision réduisant la créance à une simple représentation de l'obligation¹⁷⁵. Il n'est pas pertinent -pour le moment- de s'attarder sur les arguments avancés par ces auteurs pour contester cette approche classique¹⁷⁶ ; il convient plutôt d'insister à présent sur les raisons qui pourraient être à l'origine de la confusion entre la créance et l'obligation.

À ce propos, les auteurs affirment que le rapprochement entre la créance et l'obligation, au point de ne plus les distinguer, s'explique par le souhait d'adapter nos institutions juridiques modernes à celles connues du droit romain. En ce sens, le développement de la théorie du droit subjectif aurait conduit la doctrine à modifier son approche de l'obligation romaine afin d'organiser la coexistence des deux notions : « *L'apparition de l'idée de droit subjectif va transformer la lecture de l'obligation romaine. Alors qu'on ne parlait que du débiteur et du vinculum juris dans les glosses de la définition, le créancier va faire son entrée dans les développements consacrés à celle-ci. L'existence du créancier n'était pas ignorée avant, mais d'une part on n'y faisait pas référence au moment de définir l'obligation, et d'autre part, on ne concevait pas vraiment sa situation juridique comme celle d'un titulaire de droits subjectifs. L'appréhension de l'obligation va opérer, au terme des mutations de la pensée juridique, un virage radical : elle est désormais, et de plus en plus, un droit du créancier* »¹⁷⁷.

De même, certains auteurs expliquent qu'à l'origine de la confusion entre créance et obligation, on trouve le développement d'une vision objective de l'obligation : celle-ci serait davantage un rapport entre deux patrimoines qu'un rapport personnel entre le créancier et le débiteur¹⁷⁸. La cession serait possible en raison du caractère patrimonial de l'obligation. Ainsi, le fait d'accorder à l'obligation l'attribut de la patrimonialité, propre au droit de créance, serait à l'origine de la confusion entre créance et obligation¹⁷⁹.

¹⁷⁴ J. SANTOS BRIZ, *Derecho civil, Teoría y práctica, derecho de obligaciones*, t.3, *La obligación y el contrato en general, derecho de daños*, op. cit., n° 1, p. 3. V. également, A. HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, Editorial CEURA, 1983, n° 2, p. 11; R. ROCA SASTRE et J. PUIG BRUTAU, *Estudios de derecho privado*, t.I, *Obligaciones y contratos*, Madrid EDESA, 1948, p. 167.

¹⁷⁵ V. *supra* n° 9.

¹⁷⁶ V. *infra* n° 66 et s.

¹⁷⁷ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, op.cit., n° 222, p. 146. Rapp. F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse Paris X Nanterre, 2001, n° 13, p. 27.

¹⁷⁸ Cette vision strictement objective de l'obligation est défendue par un nombre important d'auteurs : E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p.13 ; Ch. LARROUMET et S. BROS, *Droit civil*, t. III, *Les obligations, Le contrat*, 8^e éd., op. cit., n° 31, p. 25 : « *Mais, ce rapport est beaucoup plus un rapport entre deux patrimoines qu'un rapport entre deux personnes, ce dont il résulte que l'obligation, caractérisée par son objet, peut changer de patrimoine, activement ou passivement, sans qu'il y ait pour autant de rupture dans le rapport d'obligation* ». ; E. GAUDEMET, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, op. cit. ; R. SALEILLES, *La théorie générale de l'obligation*, op. cit., n° 80, p. 71.

¹⁷⁹ M.-A. RAKOTOVAHINY, *L'évolution de la notion de créance*, thèse préc., n° 38, p.61.

47. Outre le fait de considérer que la créance n'est qu'une représentation de l'obligation, comme la dette, l'identification de la créance à l'obligation est favorisée par l'absence de définition de l'obligation dans les droits français et colombien.

B - L'absence de définition de l'obligation dans les droits français et colombien

48. Ni le Code civil français ni le Code civil colombien ne consacre une définition de l'obligation. En dépit de cette lacune, les doctrines majoritaires en France et en Colombie s'accordent pour reconnaître que la définition de l'obligation dans nos législations civiles pourrait se déduire de la définition du contrat mentionnée respectivement aux articles 1101 et 1495 du Code civil français et du Code civil colombien. Ainsi, le législateur français comme le législateur colombien n'aurait pas envisagé l'obligation d'une façon autonome mais à travers le contrat¹⁸⁰.

49. Le fait de penser l'obligation à travers le contrat, plutôt que de faciliter la distinction entre la créance et l'obligation, rend cette tâche plus ardue. En effet, un tel traitement oblige non seulement à préciser les rapports entre l'obligation, la créance et la dette, mais il impose également d'établir les rapports entre celles-ci et le contrat. Preuve en est, le débat autour de la cessibilité de ce dernier. Sans entrer dans les détails de cette discussion, il suffira de signaler que la doctrine se trouve divisée sur le point de savoir si ce qui est l'objet de la cession est le contrat lui-même ou bien la qualité de partie¹⁸¹. Si on conclut que c'est le contrat lui-même qui est l'objet du transfert, cela ne revient-il pas, au fond, à accorder le caractère patrimonial à l'obligation et non uniquement au droit de créance ?

50. Si la difficulté de distinguer entre créance et l'obligation sous-tend une analyse de la cession en un acte translatif d'obligation, il ne s'agit pour autant pas de la seule explication. Un autre élément à prendre en considération est le manque d'unanimité de la part de la doctrine sur le point de savoir ce qu'il convient d'entendre par l'expression « transfert d'obligation ». Cette absence de consensus encourage également l'interprétation de la cession en un acte translatif d'obligation.

¹⁸⁰ Ch. KRAMPE, « Obligation comme bien. Droit français et allemand », art. préc., p. 208 ; J. CUBIDES CAMACHO, *Obligaciones, op. cit.*, p. 34 ; R. URIBE HOLGUIN, *De las obligaciones y de los contratos en general, op. cit.*, n° 3, p. 6 ; W. NAMÉN VARGAS, « El concepto de la relación obligatoria », art. préc., n° 7, p. 25 ; G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones, op.cit.*, n° 14, p. 20. Il est important de signaler que l'absence de définition de l'obligation dans les Codes civils est un phénomène généralisé. Il en est ainsi dans les droits italien et espagnol par exemple. En ce sens et en ce qui concerne le droit espagnol : J. SANTOS BRIZ, *Derecho civil, Teoría y práctica, derecho de obligaciones*, t.3, *La obligación y el contrato en general, derecho de daños, op. cit.*, p. 20 ; L. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. 2, *Las relaciones obligatorias*, 5^e ed., Civitas, 1996, n° 1, p. 47. Cependant, certains codes civils comme celui du Québec (art. 1371) ainsi que celui de la Louisiane (art. 1756) donnent une définition de l'obligation même si certains auteurs soulignent qu'il s'agit plutôt de descriptions de l'obligation que de véritables définitions de celle-ci. En ce sens : G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé, op.cit.*, n°s 2, 3 et 4, p. 3 - 5.

¹⁸¹ Voir à propos de cette discussion : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n°s 597 et 598, p. 514 et s.

§2- Le caractère équivoque de l'expression « transfert d'obligation »

51. L'expression « transfert d'obligation » est ambiguë. Elle peut avoir, au moins, deux significations. Selon une première acception, le « transfert d'obligation » ne serait que le transfert du contenu de l'obligation (A). Cependant, cette expression est aussi employée pour désigner une substitution de personne dans un rapport d'obligation (B).

A- Le transfert d'obligation, transfert du contenu de l'obligation

52. Pour les partisans de cette théorie, l'obligation se caractérise essentiellement par son contenu, autrement dit, par la prestation que le créancier peut exiger du débiteur. Dans la mesure où la cession de créance n'entraîne aucune modification dudit contenu, il convient de conclure qu'elle permet le transfert ou la cession de l'obligation elle-même¹⁸². Plus précisément, l'objet du transfert ne serait que l'émolument de la créance. Cette conception est propre à une partie minoritaire de la doctrine française et il ne s'agit pas, à notre connaissance, d'une thèse défendue parmi la doctrine colombienne¹⁸³.

53. Le fondement de cette approche réside dans une vision strictement objective de l'obligation. Elle trouverait son origine dans une lecture particulière du droit romain classique, plus spécifiquement des *Institutes* de Gaius. Afin de saisir la portée de cette conception, rappelons que Gaius appréhendait l'obligation comme une chose incorporelle¹⁸⁴.

Dans son ouvrage, il proposa une classification distinguant les choses corporelles des choses incorporelles et mit en évidence trois mécanismes de transfert de celles-ci : la *traditio*, la *in jure cessio* et la *mancipatio*¹⁸⁵. Puis, il explique que « les obligations, de quelque manière qu'elles aient été contractées

¹⁸² Th. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. I, *op. cit.*, n° 149, p. 211 et s ; R. SALEILLES, *La théorie générale de l'obligation*, *op. cit.*, n° 80, p. 71.

¹⁸³ Nous verrons ultérieurement que la plupart des auteurs colombiens entendent l'expression « cession de l'obligation » comme étant la substitution d'une des parties dans le rapport d'obligation.

¹⁸⁴ *Inst. commentaire II, paragraphe 14* : C.-A. PELLAT, *Institutes de Gaius, traduites et commentées*, t. I, G. Thorel librairie, 1844. Il faut rappeler que les Institutions de Gaius étaient un manuel synthétique destiné à la formation des futurs juristes. Il avait pour objectif principal celui de faire une description objective du monde juridique. Afin de décrire chacune des réalités juridiques existantes, Gaius se serait inspiré de la science hellénistique. Ainsi, il aurait présenté son plan en trois parties, chacune correspondant à ces trois réalités : les personnes, les choses et les actions. Lorsqu'il a été question de classer l'héritage, l'usufruit, les servitudes et les obligations, Gaius se serait rendu compte de l'impossibilité de les faire entrer dans les catégories des personnes ainsi que dans celle des actions. Il a observé alors que l'héritage, l'usufruit, les servitudes et les obligations devraient être classés dans la catégorie des choses. Cependant, il ne s'agissait pas d'éléments qui pouvaient être touchés, c'est-à-dire de choses corporelles, mais au contraire de choses dont l'existence procédait du droit. Ainsi, il a établi la distinction entre les choses corporelles et les choses incorporelles, faisant entrer dans cette dernière catégorie l'héritage, l'usufruit, les servitudes et les obligations. Mais il ne s'agissait pas d'analyser le droit subjectif de créance tel qu'on le connaît aujourd'hui. En ce sens : A. GUZMAN BRITO, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, t. I, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982, Santiago, n° 1, p. 396 ; M. VILLEY, « Les Institutes de Gaius et l'idée du droit subjectif », *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 2002, p. 173.

¹⁸⁵ *Inst. Commentaire II, paragraphe 38*. Rapp. F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 13, p. 27.

*n'admettent rien de tout cela ; car, si je veux que ce qui m'est dû par quelqu'un vous soit dû à vous, je ne puis y parvenir par aucun des modes par lesquels les choses corporelles sont transférées d'une personne à une autre, mais il faut que, par mon ordre, vous stipuliez de lui : de là il résulte qu'il est libéré à mon égard, et commence à être tenu envers vous ; c'est ce qu'on appelle novation de l'obligation*¹⁸⁶. Au paragraphe 39 des *Institutes*, Gaius précise en outre que « *sans cette novation, vous ne pourrez pas agir en votre nom mais vous devrez procéder de mon chez, comme mon cognitor ou procurator* ».

Ainsi, les défenseurs de cette position affirment que c'est parce que la prestation de l'obligation est transmissible qu'il est possible de conclure à la transmissibilité de l'obligation. L'obligation se réduirait donc au *debitum*. Le recours à l'expression « *ce qui est dû* » utilisée par Gaius dans son commentaire en témoignerait¹⁸⁷.

54. Mais cette approche n'est pas adoptée par la doctrine majoritaire. Une partie significative des auteurs, en France comme en Colombie, considère que l'expression « *transfert d'obligation* » évoque plutôt la substitution d'un des sujets dans le rapport d'obligation par un tiers qui vient occuper sa place ; sans que le lien ne soit affecté ni dans son existence ni dans son contenu.

B- Le transfert d'obligation, substitution d'un des sujets dans le rapport d'obligation

55. A la lecture de la doctrine contemporaine, on s'aperçoit que revient au professeur Larroumet l'idée selon laquelle le *transfert ou cession d'obligation* désigne la substitution d'une personne à une autre dans un rapport d'obligation, tout en permettant le maintien du lien¹⁸⁸. Selon lui, cette conception trouverait son fondement dans une vision mixte de l'obligation qui consisterait dans la reconnaissance de l'obligation en tant que bien et en tant que lien en même temps¹⁸⁹. Une telle approche permettrait de remédier aux carences de l'analyse strictement objective ou strictement subjective de l'obligation : tandis que la première méconnaîtrait que l'obligation est essentiellement un lien ou rapport juridique entre deux individus ; la seconde constituerait un obstacle à la reconnaissance

¹⁸⁶ C.-A. PELLAT, *Institutes de Gaius, traduites et commentées*, t. I, *op. cit.*, commentaire II, §38, p. 105 (nous soulignons).

¹⁸⁷ Th. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. I, *op. cit.*, n° 149, p. 212 ; P. GIDE, *Etude sur la novation et le transport des créances en droit romain*, *op. cit.*, p. 246 et s.

¹⁸⁸ Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse préc., t. I, n° 25, p. 41. V. également M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Les obligations*, 2^e partie, 2^e éd., par E. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, LGDJ, 1954, n° 1105, p. 481 ; E. FRAUD, « La notion de transfert de créance », art. préc., n°7, p. 821 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, n° 352, p. 347 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1270, p. 1317-1318 ; J. FRANÇOIS, *Traité de Droit civil, Les obligations*, t.IV, *Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 449 : « Or la cession d'une obligation suppose précisément qu'elle puisse se maintenir à l'identique en dépit du changement de l'un de ses sujets » ; E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, *op. cit.*, n° 510, p. 311.

¹⁸⁹ Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse préc., t. I, n° 25, p. 42.

de la possibilité d'une substitution de chacune des parties au lien juridique sans pour autant entraîner sa rupture¹⁹⁰.

Ainsi, grâce à une conception mixte¹⁹¹, il serait possible d'admettre la substitution d'un créancier à un autre dans le rapport d'obligation sans que celui-ci soit éteint ; autrement dit, en permettant qu'il reste substantiellement le même. La cession de créance consisterait donc dans le transfert de la situation active du créancier dans le rapport de droit et non pas seulement dans le transfert de l'émolument de la créance.

56. Cette conception exposée par le professeur Larroumet est retenue par une partie de la doctrine classique¹⁹² et contemporaine française¹⁹³, ainsi que par la plupart des auteurs colombiens. En effet, la doctrine majoritaire colombienne reconnaît qu'en cas de cession de créance, le cessionnaire vient occuper la place du cédant dans le même rapport d'obligation qui le liait au débiteur de la créance cédée. La possibilité de cette substitution est admise car l'obligation serait non seulement un lien juridique mais également un bien¹⁹⁴.

57. On sait que la difficulté de distinguer entre la créance et l'obligation est à l'origine de l'analyse de la cession en un transfert d'obligation activement ; il en est de même de l'ambiguïté qui entoure l'expression « *transfert d'obligation* ». Outre les deux facteurs déjà mentionnés, il convient d'en ajouter un troisième : l'influence du principe de la transmission universelle des obligations à cause de mort.

¹⁹⁰ Voir par exemple : J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, op. cit., n° 281, p. 294 pour qui « *puisque l'obligation est un lien unissant au moins deux personnes physiques ou morales, la disparition de l'un d'eux conduit nécessairement à son anéantissement. Le lien qui, par exemple, unit Paul à Jacques en vertu duquel le premier peut exiger du second l'exécution d'une prestation, ne survit pas à la disparition de l'un ou de l'autre. Si Paul devient lié à Pierre, c'est un autre lien* ».

¹⁹¹ Même si la doctrine majoritaire ne fait pas référence de façon expresse à la conception mixte de l'obligation, elle la partage. L'affirmation de la double nature juridique de l'obligation en témoigne : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, op. cit., n° 357, p. 353 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1270, p. 1317 ; J. FRANÇOIS, *Traité de Droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., op. cit., n° 446 ; P. RAYNAUD, *Cours de doctorat, Les contrats ayant pour objet une obligation*, op. cit., p. 5 et s.

¹⁹² M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Les obligations*, op. cit., n° 1105, p. 481 qui affirment que « *transmettre une obligation, c'est substituer pour l'avenir une personne nouvelle à l'une de celles qui figuraient déjà dans le rapport juridique, sans que ce rapport cesse d'être exactement celui qu'il était jusqu'alors* ». Voir dans le même sens : E. GAUDEMET, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, op. cit., p. 33 : « *Au fond la notion de la succession est la même dans les transmissions universelles et dans les transmissions particulières : il s'agit, dans les deux cas, d'introduire dans un rapport juridique un nouveau sujet, sans modifier le rapport lui-même(...)* De même, si l'obligation peut, sans s'éteindre, admettre le changement de créancier, elle doit pouvoir également, sans se modifier, admettre le changement de débiteur ».

¹⁹³ M. JULIENNE, « *Le transport des créances et des dettes par novation et délégation* », *Le nouveau régime général des obligations*, Valerio Forti et L. Andreu (dir.), Dalloz, 2016, n° 2, p. 109 : « *On constate en tout cas que, derrière son unité de façade, le chapitre consacré aux opérations sur obligations s'articule autour de l'opposition entre les opérations translatives, qui permettent de changer le créancier ou le débiteur d'une obligation sans modifier autrement cette dernière, et les opérations créatrices, qui ne permettent d'atteindre un tel résultat que d'une manière détournée, par la naissance d'une obligation nouvelle* » ; J. FRANÇOIS, « *Les opérations sur la dette* », RDC 2016, n° hors série, spéc. n° 2 : « *En résumé, la possibilité même de réaliser un transfert de l'obligation est entièrement déterminée par une seule question : est-il possible de substituer un sujet à un autre sans rupture du lien de droit ?* ».

¹⁹⁴ A. TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones, El acto o negocio jurídico y otras fuentes de obligaciones*, op. cit., n° 290, p. 494 ; F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, op. cit., n° 11, p. 67.

§3- L'influence du principe de la transmission universelle des obligations à cause de mort

58. Selon le principe de la transmission universelle des obligations, une personne peut recevoir de façon indissociable la totalité ou une quote-part des actifs et du passif de son auteur¹⁹⁵. Il s'agit d'un principe admis aussi bien en droit français qu'en droit colombien¹⁹⁶. Il s'explique par la théorie du patrimoine défendue par Aubry et Rau selon laquelle celui-ci serait une émanation de la personnalité et, par conséquent, serait indissociable de celle-ci. En conséquence, si un patrimoine peut éventuellement se transmettre, cela n'est possible qu'en cas de disparition de la personnalité¹⁹⁷. Cette transmission universelle peut avoir lieu à cause de mort dans le cas des personnes physiques ou, s'agissant des personnes morales, en raison de la survenance de certaines opérations emportant la disparition de leur personnalité juridique suivies d'une dissolution sans liquidation, telles la fusion ou la scission¹⁹⁸. En quoi la reconnaissance de ce principe a-t-elle une influence déterminante sur l'analyse de la cession de créance en un transfert d'obligation activement ? On peut précisément considérer que c'est le fondement invoqué en faveur de la transmission universelle qui pourrait être à l'origine de l'idée selon laquelle la cession de créance serait une opération translatrice.

59. La doctrine majoritaire, en droit français comme en droit colombien, ne remet pas en question le fait que la transmission universelle des obligations, et plus précisément des créances, aurait précédé le mécanisme de la cession de créance. Cette dernière serait, d'une certaine façon, l'aboutissement logique de l'admission de la transmission de créances à titre universel¹⁹⁹. Par ailleurs, les auteurs soulignent que cette dernière résulterait de besoins pratiques faisant apparaître l'insuffisance de l'idée d'intransmissibilité des obligations. Plus précisément, ils remarquent que *« Déclarer que les créances et les dettes ne passent point aux héritiers, c'est empêcher toute sécurité dans les relations juridiques, et opposer au développement du crédit un obstacle insurmontable, en subordonnant aux chances de la vie*

¹⁹⁵ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes, op.cit.*, n° 390, p. 433-434.

¹⁹⁶ En droit français : J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *ibidem* ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les successions et les libéralités*, Sirey, 1983, n° 131, p. 104 ; Ph. MALAURIE et Cl. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, 7^e éd., LGDJ, 2016, n° 1, p. 18 et plus précisément n° 31, p. 45 où les auteurs soulignent que *« La règle est la transmissibilité des droits et des actions appartenant au défunt. Elle est la conséquence du principe qui fonde le droit des successions : la continuation de la personne du défunt »*. En droit colombien : F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes, op. cit.*, n° 270, p. 384.

¹⁹⁷ En droit colombien : A. VALENCIA ZEA et A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, t. II, *Derechos reales*, 11^e ed., Temis, n° 14, p. 38.

¹⁹⁸ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes, op.cit.*, n° 393, p. 439-440.

¹⁹⁹ E. GAUDEMET, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier, op.cit.*, p. 33 : *« Entre la notion primitive et la notion moderne de l'obligation, la théorie de la succession aux créances et aux dettes s'est lentement développée, et son évolution s'explique juridiquement par le constant progrès de la seconde idée sur la première. Deux principes dominent cette histoire : la succession à titre universel aux créances ou aux dettes apparaît toujours avant la succession à titre particulier, et la succession aux créances, à titre universel ou à titre particulier, précède toujours la succession aux dettes »* (nous soulignons).

humaine l'existence du droit personnel»²⁰⁰. Mais quel serait le fondement permettant de conclure à la transmission universelle des créances ? Un nombre significatif d'auteurs affirme qu'une telle transmission s'expliquerait par le principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier²⁰¹. La reconnaissance d'une sorte d'identité entre la personnalité du défunt et celle de l'héritier permettrait de conclure que l'« entrée » de l'héritier dans le lien d'obligation dont le *de cuius* était le créancier n'opère, à vrai dire, aucun changement de créancier²⁰². Le lien d'obligation resterait donc intact. Le principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier conduirait, par conséquent, à concilier la notion de succession universelle avec celle d'obligation vue en tant que lien strictement personnel ne pouvant survivre au changement des parties²⁰³. L'idée du caractère translatif de la succession universelle serait ainsi née et passée dans le domaine de la cession de créance.

60. Cependant, le principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier fait de plus en plus l'objet de critiques. Sans approfondir cette question qui excéderait le cadre du présent travail, il est intéressant de souligner que certains auteurs n'hésitent pas à affirmer qu'il s'agit d'une simple « fiction »²⁰⁴. D'autres considèrent qu'il n'est pas possible d'affirmer que la personnalité du défunt survit dans la personne de l'héritier, la mort entraînant nécessairement l'extinction de la

²⁰⁰ E. GAUDEMET, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, op.cit., p. 35. Voir en droit colombien : M. CASTRO DE CIFUENTES, « Transmisión de las obligaciones », art. préc., p. 1.

²⁰¹ Adde les auteurs cités supra note 47. En droit colombien : A. TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones, El acto o negocio jurídico y otras fuentes de obligaciones*, op. cit., n° 289, p. 493 ; M. CASTRO DE CIFUENTES, « Transmisión de las obligaciones », art. préc., p. 2 ; H. D. VELÁSQUEZ GÓMEZ, *Estudio sobre obligaciones*, op. cit., n° 533, p. 1018. Il est révélateur à ce propos la position d'un auteur colombien qui affirme que « l'héritier n'est pas un nouveau créancier, c'est la personne même de l'ancien créancier qui survit en lui » : A. PEREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, vol. 3, part. II, *Clasificación, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones*, n° 479, p. 291. Cette idée selon laquelle l'héritier ne constitue pas un nouveau créancier mais c'est l'ancien créancier qui survit en lui est aussi défendue expressément par la doctrine classique française : M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Obligations*, 2^e éd., II part., avec le concours de P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, Paris, LGDJ, 1954, n° 1106, p. 482.

²⁰² B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Régime général*, op. cit., n° 7, p. 4 qui insistent sur le fait que d'un point de vue juridique, la transmissibilité passive des obligations se justifie par le fait que le successeur prend la place du mort : « D'abord, une telle cession de dette est le résultat inévitable du décès : de toute façon, le créancier a perdu son débiteur. Ensuite, elle repose sur la fiction du prolongement de la personnalité juridique du défunt par l'héritier ; juridiquement, le successeur prend la place du mort, de telle sorte qu'en droit pur il n'y a même pas substitution d'un débiteur à un autre ».

²⁰³ E. GAUDEMET, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, op.cit., p. 42 : « On déclara qu'il y avait, entre le défunt et l'héritier, identité de personne juridique : et ce principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier permit de concilier avec la vieille notion de l'obligation des solutions qui la contredisaient formellement » ; Voir également en ce sens mais avec une vision critique : Ph. CHAUVIRE, *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens*, op.cit., n° 52, p. 33 : « Ensuite, l'idée selon laquelle les héritiers continuent la personne du défunt n'explique plus vraiment les modalités de transmission de la propriété. Elle servait, en droit romain, à contourner l'intransmissibilité des obligations et se justifiait par la propriété familiale des biens. Les obligations ne pouvant en principe être transférées aux héritiers, il suffisait d'admettre qu'elles ne sont pas vraiment transmises car les héritiers en étaient déjà virtuellement titulaires ».

²⁰⁴ G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. Amiel-Donat, LGDJ, 1996, n° 48, p. 59 ; P.-Y. GAUTIER, « Le syndic aux enfers et l'avocat aux anges : le contrat *intuitu personae* ne peut être librement transféré à autrui, sauf à ce que le représenté y consente », *RTD civ.* 2000, p. 860 ; H. PETITJEAN, « Fondements et mécanisme de la transmission successorale en droit français et en droit anglais. Etude de droit comparé et de droit international privé », [note bibliographique], *RIDC*, vol. 12, 1960, n° 1, p. 284 ; Ph. SIMLER, « Cession de dette, cession de contrat », *Le nouveau régime général des obligations*, art. préc., p. 102 : « On objectera, bien sûr, qu'une transmission à cause de mort (ou, plus généralement, à titre universel, s'agissant en particulier des personnes morales) n'est pas une cession, que les successeurs à titre universel sont censés être les continuateurs de leur auteur. Ils sont « censés l'être », par la vertu d'une de ces fictions universellement admises, mais qui reste une fiction. Mais il y a bien, tout de même, transport de la dette d'une personne sur la tête d'une autre personne » ; J. TIMOTHEE, *Cession de créance et opposabilité*, thèse Strasbourg, 2015, n° 18, p. 10.

personnalité. Le principe de la continuation de la personne du défunt signifie, plus précisément, que « *L'héritier recueille, d'une façon universelle et indivisible les éléments de l'actif, du passif et éventuellement certains contrats ayant composé son patrimoine* »²⁰⁵. D'aucuns mettent en avant les limites d'un tel principe, par exemple dans l'hypothèse de plusieurs héritiers²⁰⁶. En tout état de cause, la continuation de la personne du défunt est le fondement majoritairement invoqué pour justifier la transmission des créances et des dettes à cause de mort²⁰⁷. Ce principe semble donc être le premier fondement du caractère « transmissible » de l'obligation en vertu duquel l'héritier est censé venir occuper la place du *de cuius* dans toutes ses relations juridiques²⁰⁸. Cette conception de la transmission de l'obligation se serait retrouvée dans la cession de créance afin de sauvegarder l'idée, profondément ancrée à l'époque, selon laquelle l'obligation ne peut survivre à un changement de sujet ; dans notre cas, le créancier.

61. **CONCLUSION DE LA SECTION II.** Différentes raisons expliquent l'analyse de la cession de créance en un acte translatif d'obligation activement. Premièrement, la doctrine majoritaire en France comme en Colombie confond la créance et l'obligation. Celle-là ne serait qu'une représentation de celle-ci de sorte que si la cession est perçue comme un acte translatif de créance, elle ne peut être autre chose qu'un acte translatif d'obligation. Deuxièmement, le sens de l'expression « transfert de l'obligation » reste ambigu. Pour certains auteurs, elle désignerait la substitution d'une des parties au lien d'obligation. D'autres auteurs, en revanche, considèrent qu'elle évoque tout simplement le transfert du contenu de l'obligation ou, en d'autres termes, le transfert de l'émolument de la créance. Troisièmement, le principe de « transmission » universelle des obligations à cause de mort, préalable à l'admission de la cession de créance, n'est pas sans incidence sur l'appréhension de cette dernière en tant qu'acte translatif. Rappelons que l'héritier est censé venir occuper la place du défunt en raison du principe de la continuation de la personne du *de cuius*. L'héritier prendrait donc la qualité de son auteur au regard des éléments de l'actif et du passif composant le patrimoine de celui-ci. La thèse de la « transmission » du patrimoine, ou d'une partie de celui-ci, est donc venue s'imposer. Ainsi, il n'est pas étonnant que l'idée de la nature translative de l'acte permettant la substitution, dans un même rapport d'obligation, d'un créancier à un autre, se soit imposée sans difficulté au moment de reconnaître le dispositif de la cession de créance.

²⁰⁵ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n° 392, p. 438.

²⁰⁶ M. GRIMALDI, *Droit civil, Successions*, 6^e éd., 2001, n° 592, p. 576.

²⁰⁷ R. RAFFRAY, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, Pref. F. Deboissy, Dalloz, 2011, n° 8, p. 10 : « *Bien que le principe de continuation de la personne ne soit pas expressément cité par le Code civil, il ne fait nul doute que ses rédacteurs en ont fait le fondement de la succession à la personne pour laquelle ils ont opté. Les travaux préparatoires sont par ailleurs clairs sur ce point : ils présentent l'héritier comme le représentant ou l'image du défunt* ».

²⁰⁸ Sauf celles strictement personnelles et qui s'éteignent avec la mort.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

62. Conformément à l'analyse dominante en droit français et en droit colombien, la cession de créance est un acte translatif d'obligation envisagée du point de vue du créancier. Différentes raisons sont à l'origine de cette conception. En premier lieu, on peut mentionner la confusion entre la créance et l'obligation. En effet, l'idée selon laquelle la créance ne serait qu'une représentation de l'obligation est acquise de sorte que si la cession est un acte translatif de la créance, on peut conclure qu'elle se traduit, en réalité, par un acte translatif d'obligation. En second lieu, la difficulté d'accorder une signification précise à l'expression « transfert de l'obligation » ne fait que renforcer l'analyse de la cession en un acte translatif d'obligation. La raison en est que les auteurs entendent qu'il y a « transfert » de l'obligation, soit parce qu'il y a substitution d'un créancier à un autre dans le même rapport d'obligation, soit parce que le contenu de l'obligation reste le même. En troisième lieu, on ne peut nier le rôle fondamental du principe de transmission universelle du patrimoine à cause de mort dans l'analyse de la cession en un acte translatif d'obligation. En effet, l'idée selon laquelle une obligation pouvait être « transmise » à cause de mort a sans doute préparé le terrain pour admettre qu'elle pouvait l'être également par acte entre vifs. Cependant, aucune des trois raisons évoquées ne nous paraît décisive et, même s'il s'agit d'une vision profondément ancrée, l'analyse de la cession de créance en un acte translatif d'obligation reste contestable.

Chapitre II

La remise en cause de l'analyse de la cession en un acte translatif d'obligation

63. La réalisation d'une cession de créance a nécessairement des incidences sur le rapport d'obligation concerné. Cependant, la thèse classique de la transmissibilité de l'obligation par acte entre vifs est critiquable. La cession d'une créance n'entraîne pas un transfert d'obligation (**Section I**), mais un changement de créancier tout en laissant survivre l'obligation originale. C'est pourquoi la cession de créance doit être analysée en un changement non novatoire d'une obligation (**Section II**).

Section I- La critique de la thèse de la transmissibilité de l'obligation par acte entre vifs

64. L'analyse de la cession de créance en un acte translatif d'obligation se heurte tout d'abord à la distinction entre créance et obligation (§1). Ensuite, aucune des définitions proposées pour expliquer l'expression « transfert de l'obligation » n'est satisfaisante (§2). Enfin, les doutes sur la pertinence de la transposition du principe de transmission de l'obligation en matière de succession universelle à la cession de créance, confortent la récusation de l'analyse de la cession en un acte translatif d'obligation (§3).

§1- La distinction entre créance et obligation

65. On l'a noté, les doctrines majoritaires française et colombienne ne distinguent pas créance et obligation. La première ne serait que la seconde envisagée du point de vue du créancier²⁰⁹. Cependant, une partie de la doctrine contemporaine française remet en cause cette conception classique, laquelle avait déjà été contestée par une partie de la doctrine allemande du XIX^e siècle²¹⁰. Ainsi, deux principales analyses peuvent être identifiées en droit français. Une première réduit le droit de créance à une simple anticipation du résultat économique attendu de l'exécution de la prestation.

²⁰⁹ Voir les auteurs cités *supra* note n°172.

²¹⁰ Une partie de la doctrine allemande du XIX^e siècle a contesté cette assimilation afin précisément de remettre en cause la thèse de la transmissibilité de l'obligation. Pour les partisans de cette théorie, si la créance et la dette pouvaient être transmises indépendamment, l'obligation restait intransférable. La différence de nature juridique entre l'obligation, la dette et la créance justifiait cette distinction. Voir à propos de cette thèse : M.-E. CAMACHO LÓPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, *op. cit.*, p. 289-290.

Critiquable, elle doit être écartée(A). En revanche, une seconde propose une analyse renouvelée du rapport entre créance et obligation. Pertinente, elle mérite notre approbation (B).

A- L'analyse écartée

66. Selon certains auteurs, le terme « *créance* » doit être compris de façon étroite. Ainsi, tandis que l'obligation serait un lien juridique entre deux sujets déterminés, le pouvoir de l'une sur l'autre, la créance ne serait que le résultat économique de l'exécution attendue de l'obligation. Les partisans de cette approche peuvent être divisés en deux groupes.

Pour le premier groupe, il s'agit d'appréhender la créance comme une anticipation du résultat économique objectif attendu de l'exécution de l'obligation. Cette caractéristique lui permettrait d'être considérée, dans certains cas, comme un bien. Au contraire, l'obligation, lien juridique, ne pourrait jamais se voir attribuer cette qualité²¹¹.

Les partisans du second groupe, sans remettre en question la vision restrictive de la créance, distinguent tout de même la *créance* du *droit de créance*. Tandis que ce dernier serait un droit personnel, un rapport entre deux sujets, le créancier et le débiteur, la créance ne serait que la valeur représentant le produit attendu de la réalisation de ce droit. La raison de cette distinction résiderait dans le fait que l'objet attendu de l'exercice des droits ne serait qu'une chose en puissance. Par conséquent, ce serait la *créance*, et non le *droit de créance*, qui pourrait être objet d'un droit de propriété²¹².

Malgré ces nuances, la position défendue par les partisans de ces deux groupes est en réalité similaire. Au fond, il s'agit d'insister sur le fait que le lien juridique unissant le créancier et le débiteur, qu'on l'appelle obligation ou droit de créance, ne peut pas être l'objet du transfert. En revanche, c'est la créance -anticipation de la valeur attendue de l'exécution de la prestation à la charge du débiteur-, qui peut être appréhendée comme étant un bien et, en conséquence, être l'objet du transfert.

67. Ce premier courant cherche donc à imposer une vision restrictive de la créance qui ne serait que l'émolument résultant de l'exécution de l'obligation. Ce courant a néanmoins le mérite de nous éclairer à propos de la véritable nature juridique de l'obligation envisagée, comme un lien ou rapport juridique et non comme un bien. Cependant, le fait de réduire la créance à une simple

²¹¹ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, op. cit., n°s 6 et 281, p. 7 et 294.

²¹² J. GHESTIN et G. GOUBEAUX avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité du droit civil, Introduction générale*, J. Ghestin (dir.), 4^e éd., LGDJ, 1994, n° 216, p. 169 : « La créance a également une valeur pécuniaire. La prestation qu'elle donne le droit d'exiger représente une richesse future. Il est possible d'anticiper sur la perception de cet avantage en cédant immédiatement la créance à un tiers qui versera de l'argent pour obtenir l'exécution à son profit de l'obligation » ; M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », RTD civ, 1997, n° 25, p. 604 : « En effet, en toute rigueur, ce n'est pas le droit - réel ou personnel - qui figure dans le patrimoine, mais uniquement le produit potentiel, le résultat escompté, de l'exercice de ces droits. En d'autres termes, on n'est pas à proprement parler propriétaire d'un droit mais uniquement de l'objet attendu de la réalisation de ce droit. Le droit est toujours un lien entre des personnes et on ne peut être propriétaire d'un lien, d'une relation, mais uniquement du bien, c'est-à-dire de l'objet, de la valeur, qui en résulte ».

anticipation du résultat économique attendu de l'exécution de la prestation ne convainc pas. Cette vision réductrice limite de façon contestable la portée et le contenu de la créance vue sous l'angle d'un droit subjectif²¹³.

En outre, cette approche ne rend pas véritablement compte de l'étendue du procédé de la cession de créance. Elle présuppose, en effet, que seules les créances de sommes d'argent pourraient faire l'objet d'une cession à titre principal, et sous réserve qu'elles soient détachables de la personne du créancier ; cette hypothèse étant la seule dans laquelle la créance pourrait être considérée comme un bien²¹⁴. Cette interprétation se heurte pourtant au principe selon lequel « *il n'y pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas* »²¹⁵. Ni le Code civil français ni le Code civil colombien n'interdit la cession de créance autres que celles de sommes d'argent²¹⁶. Par ailleurs, les différents projets européens du droit des contrats et les Principes d'UNIDROIT relatifs au commerce international reconnaissent expressément la possibilité de céder, sauf exception²¹⁷, tout type de créance ; ils prévoient même des règles spécifiques pour résoudre les conflits pouvant surgir dans différentes hypothèses bien précises²¹⁸.

²¹³ R. SAVATIER, *La théorie des obligations*, 4^e éd., Dalloz, 1979, n° 9, p. 14 : « On sait que la créance constitue, elle-même, un bien ayant une valeur économique, susceptible d'être négocié et vendu. Comme tous les biens, les créances peuvent faire l'objet d'un marché ». Dans le même sens, v. Y. EMERICH, *La propriété des créances, approche comparative*, *op.cit.*, n° 155, p. 93 : « La créance ne s'identifie pas à la prestation du débiteur et dans la propriété des créances, le droit de propriété porte sur le bien-créance et non sur l'objet de l'obligation ».

²¹⁴ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n°s 8, 290 et 291, p. 9 et 307 et s.; J. FRANÇOIS, « Les créances sont-elles des biens ? », art. préc., p. 149 et s ; M. BILLIAU, *La transmission des créances et des dettes*, *op. cit.*, n° 8, p. 12. Rapp. L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, *op. cit.*, n° 34, p. 41 : « La créance n'est cessible -sauf exceptions- que parce que la force obligatoire du contrat originaire peut demeurer, et parce qu'elle demeure ; toute distinction de nature entre la cession de créance et la cession de contrat est, alors impossible. Tout au plus, les effets de la cession, entre le cédant et le cessionnaire seulement, peuvent-ils être affectés par la distinction de la cession de l'émolument de la créance et de celle de la qualité de contractant » ; G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, *op.cit.*, n° 593, p. 432 : « En d'autres termes, les créances en nature caractéristiques-dont il faut observer qu'elles constituent l'immense majorité des créances en nature- sont inséparables du contrat qui est leur source, ce qui rend leur cession isolée impensable. Pris dans sa globalité, l'argument, qui ne manque pas de poids, réduit considérablement le domaine de la cession de créance, la limitant en pratique à la seule mobilisation des créances monétaires ».

²¹⁵ *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

²¹⁶ V. sur le principe de cessibilité de toutes les créances : F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1278, p. 1325 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, n° 359, p. 354 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les obligations*, t. II, *Le régime*, *op. cit.*, n° 354, p. 315 ; A. BENABENT, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 689, p. 541-542 ; Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 824, p. 658. Pour le droit colombien : F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, *op. cit.*, n° 321, p. 431 ; C. GOMEZ ESTRADA, *De los principales contratos civiles*, *op. cit.*, n° 130, p. 164 qui admet la possibilité de céder toutes les créances, soient civiles, soient commerciales ; J. CUBIDES CAMACHO, *Obligaciones*, *op. cit.*, p. 408 ; A. VALENCIA ZEA et A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, t. III. *De las obligaciones*, *op. cit.*, n° 146, p. 399.

²¹⁷ Par exemple les cas de créances issues de contrats conclus *intuitu personae*. Dans le commentaire de l'article 11 : 302 des Principes du droit européen du contrat les auteurs signalent que la créance ne peut être cédée si elle a pour effet d'altérer la substance de la prestation du débiteur. Ils citent l'exemple d'une cession qui accroîtrait sensiblement la charge ou le risque du débiteur dans le cas de la cession d'une police d'assurance couvrant de marchandises que le cédant vend au cessionnaire. Les commentateurs insistent sur le fait que « Puisque les caractères personnels de l'assuré sont essentiels pour l'assureur, permettre la cession serait exposer l'assureur à un risque différent de celui qu'il avait convenu d'assumer ».

²¹⁸ Ainsi par exemple l'article 11 : 306 (2) des Principes du droit européen du contrat prévoit les conséquences de la cession en ce qui concerne le lieu d'exécution dans le cas de la cession d'une créance autre qu'une somme d'argent. Pour sa part, les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, dans la version 2010, disposent à l'article 9.1.1 le suivant : « Une cession de créance est le transfert par convention effectué par une personne (le cédant) à une autre personne (le cessionnaire), d'une créance du cédant contre un tiers (le débiteur), relative au paiement d'une somme d'argent ou à l'exécution d'une autre prestation » (nous soulignons).

Outre ces critiques, une conception étroite de la créance entraîne une difficulté importante quant à la responsabilité du cédant en cas de cession d'une créance à titre onéreux. En effet, si la créance n'était que l'anticipation du résultat attendu de l'exécution de l'obligation, comme cela est soutenu par les défenseurs de cette thèse, le cédant devrait répondre de la solvabilité du débiteur. Cependant, conformément aux dispositions des Codes civils français et colombien, le cédant ne répond que de l'existence de la créance au moment de la cession. Sauf clause contraire, le cédant ne répond pas de la solvabilité du débiteur²¹⁹. Cette limitation au sujet de la responsabilité du cédant ne peut s'expliquer que parce que la créance cédée est appréhendée comme le droit d'exiger et de recevoir une prestation déterminée. Elle ne se justifierait pas, en revanche, si on envisageait la créance comme une simple anticipation du résultat attendu de l'exécution de la prestation.

68. À côté de cette analyse qui tente de justifier la distinction entre obligation et créance en adoptant une vision réductrice du droit de créance, on peut identifier un autre courant qui, tout en gardant cette différenciation, ne réduit pas la créance à une simple anticipation du résultat attendu de l'exécution de la prestation. C'est cette seconde analyse que nous retiendrons.

B- L'analyse retenue

69. Parmi les partisans d'une distinction entre créance et obligation qui ne réduit pour autant pas la créance à l'émolument de la prestation, deux principaux courants peuvent être identifiés. Alors qu'un premier défend l'autonomie de la créance par rapport à l'obligation sans toutefois proposer une conception nouvelle de celle-ci ; un second s'efforce de proposer une vision nouvelle de l'obligation, dite néo-classique, afin de mieux expliquer les rapports entre obligation, créance et dette. Ces deux approches pouvant être considérées comme complémentaires, on les analysera conjointement.

70. L'idée essentielle du premier courant est de différencier créance et obligation à partir de la remise en cause d'une vision objective de l'obligation. Plus précisément, il s'agit de contester la conception selon laquelle l'obligation aurait une valeur patrimoniale et, par conséquent, serait une chose dans le commerce. Pour les défenseurs de cette théorie, l'obligation est un lien juridique. Ils prônent de ce fait le retour à une conception subjective de l'obligation²²⁰. Néanmoins, le rejet de la nature patrimoniale de l'obligation ne signifie pas que la créance ne puisse être l'objet de différentes

²¹⁹ En ce sens les anciens articles 1693 à 1695 du Code civil français, le nouvel article 1326 du Code civil français issu de l'ordonnance du 10 février 2016 et l'article 1965 du Code civil colombien.

²²⁰ M.-A. RAKOTOVAHINY, *L'évolution de la notion de créance*, thèse préc., n° 75, p. 75.

opérations juridiques. La raison en est simple : en réalité, ce serait le droit de créance, et non l'obligation, qui aurait un contenu patrimonial. Plus précisément, la créance serait le droit reconnu au créancier d'exiger l'accomplissement d'une prestation déterminée de la part de son débiteur. Le droit de créance serait donc une prérogative juridique susceptible de constituer une valeur patrimoniale et, par conséquent, faire l'objet d'une appropriation. Cette caractéristique expliquerait la cessibilité du droit de créance.

En définitive, pour ces auteurs, l'obligation ne devrait jamais être appréhendée comme un bien²²¹. Certes, l'obligation serait la source du droit de créance et de la dette cependant, la qualification de « bien » devrait être réservée au droit de créance. Ainsi, le caractère patrimonial de la créance serait l'attribut lui accordant une autonomie par rapport au lien d'obligation²²².

71. Quant au second courant porté par une thèse récente en droit français²²³, il propose une vision dite néo-classique de l'obligation²²⁴. On se concentrera sur la manière dont son auteur remet en cause la vision traditionnelle selon laquelle l'obligation ne serait qu'une médaille à deux faces suivant qu'on l'envisage du point de vue du créancier ou de celui du débiteur. L'un des principaux défauts de l'analyse classique serait que la créance ou la dette soit considérée comme une simple représentation de l'obligation et non comme un effet de celle-ci²²⁵.

C'est pourquoi l'auteur propose d'analyser l'obligation en un lien juridique engendrant une créance et une dette ; lesquelles auraient chacune une nature juridique différente et, par conséquent, ne seraient pas soumises au même régime juridique. La dette serait placée sur le plan du droit objectif, car elle consisterait dans une norme de comportement²²⁶, alors que la créance serait un droit personnel, relevant du champ des droits subjectifs²²⁷.

Malgré leur nature juridique différente, la créance et la dette seraient donc deux éléments indissociables du lien d'obligation. L'auteur insiste sur le caractère binaire de l'analyse qu'il défend afin de ne pas la confondre avec l'analyse dualiste de l'obligation proposée autrefois²²⁸. Le dualisme

²²¹ M.-A. RAKOTOVAHINY, *L'évolution de la notion de créance*, thèse préc., n° 31, p. 52.

²²² *Ibidem*, n° 27, p. 46. Il est intéressant de noter qu'en droit mexicain, par exemple, certains auteurs se prononcent aussi en faveur de la distinction entre créance et obligation : M.-A. HERNANDEZ ROMO, « La obligación y el derecho de crédito son figuras jurídicas diferentes », *Derecho de las obligaciones*, F. Martínez García de Leon (dir.), Editorial Porrúa et Centro de investigación e informática jurídica, Mexico, 2012, p. 1-9.

²²³ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, *op.cit.*

²²⁴ Voir à propos du caractère innovant de cette proposition : J. FRANÇOIS, *Traité de Droit civil, Les obligations*, t.IV, *Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 1, note 2.

²²⁵ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, *op.cit.*, n° 11, p. 10.

²²⁶ *Ibidem*, n° 252, p. 171-172.

²²⁷ *Ibid.*, n° 253, p. 174.

²²⁸ La théorie dualiste de l'obligation propose de rendre compte de la complexité du rapport d'obligation en distinguant le devoir (*schuld*), de l'engagement (*Haftung*). Le devoir décrirait la relation par laquelle le débiteur doit accomplir une prestation au bénéfice exclusif de son créancier, lequel dispose du droit de profiter de la prestation. L'engagement refléterait la relation par laquelle le responsable est assujéti à un pouvoir de contrainte. Le créancier disposerait ainsi d'un pouvoir de contrôle

suppose l'existence de deux éléments indépendants alors que l'analyse binaire suppose le caractère indissociable de la dette et de la créance, sous peine de disqualifier la notion même d'obligation. L'obligation serait donc le droit à l'exécution d'une norme de comportement. En d'autres termes, l'obligation constituerait un lien de droit unissant deux ou plusieurs personnes par lequel le débiteur est tenu d'exécuter une prestation en faveur d'un créancier déterminé titulaire d'un droit à l'exécution de cette prestation²²⁹.

Enfin, il convient de souligner que cette vision dite néo-classique de l'obligation se base sur une remise en cause de la doctrine classique qui essaie de contenir le droit de créance dans la notion romaine d'obligation. L'auteur rappelle que le droit romain ne reconnaissait pas de droit subjectif de créance en faveur du créancier tel qu'on le connaît aujourd'hui²³⁰, de sorte que l'appréhension de la créance comme une simple représentation de l'obligation ne s'impose pas²³¹. La compréhension de la créance comme droit subjectif, conformément aux développements de la pensée juridique moderne, justifierait une analyse de l'obligation en un lien formé par deux entités différentes mais en même temps interdépendantes : la créance et la dette.

72. Les deux thèses qui viennent d'être présentées s'avèrent donc utiles pour conforter la théorie de la distinction entre créance et obligation, sans pour autant réduire le droit de créance à la simple anticipation de la valeur du résultat attendu de l'exécution de la prestation.

S'agissant du premier courant qui considère l'autonomie du droit de créance par rapport à l'obligation, deux remarques doivent être faites. La première tient à l'avantage de cette analyse qui revient sur une vision subjective de l'obligation, tout en précisant que le caractère patrimonial est propre au droit de créance et non à l'obligation. De fait, le retour à une vision subjective de l'obligation est nécessaire pour bien comprendre le mécanisme de la cession de créance²³² ; elle permet de montrer

sur le patrimoine du responsable. V. à propos de la vision dualiste de l'obligation : F. K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Préf. A. Tunc, Dalloz Librairie, 1963 ; M. MAILLET, *La théorie de Schuld et de Haftung en droit romain*, Aix-en-Provence, 1944.

²²⁹ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé, op.cit.*, n° 248, p. 170-171.

²³⁰ L'origine du terme « droit subjectif » reste assez controversée. Certains auteurs ont cru voir dans le droit romain son ébauche. Cependant, la doctrine majoritaire soutient qu'il ne s'agit pas d'une construction du droit romain, mais d'une élaboration postérieure des romanistes : J. GHESTIN et G. GOUBEAUX avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité du droit civil, Introduction générale, op. cit.*, n° 176, p. 128 : « Bien que le point soit encore controversé, il est aujourd'hui admis par la doctrine historique dominante que le droit romain, à la différence du système reconstruit ultérieurement par les romanistes, ignorait la notion de droit subjectif. Le mot « jus » ne désigne pas un pouvoir de l'individu, une prérogative du sujet, mais une création juridique objective, en quelque sorte une « chose incorporelle ». ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005, n° 9, p. 68 ; R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales de droit privé, Essai critique*, La Mémoire du Droit, 2001, réédition de l'ouvrage publié en 1911, p. 407 et s ; F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 13, p. 26 et s.

²³¹ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé, op.cit.*, n° 216, p. 138-139.

²³² Rapp. F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 229, p. 188 : « Une conception purement technique de l'obligation ne rend pas compte du droit positif. L'individualisme qui imprègne le Code civil place la liberté au sommet de la hiérarchie des valeurs. L'obligation restreint la liberté du débiteur. Une vision strictement économique des sources de l'obligation ne suffit pas. L'obligation ne se réduit pas à un lien entre deux patrimoines ; elle oblige des personnes. Des considérations extrapatrimoniales perturbent un équilibre strictement

que la cession de créance est à l'origine d'une modification de l'obligation, laquelle ne sera pas sans conséquences sur la situation du débiteur de la créance cédée²³³. La seconde remarque tient à la pertinence de l'appréhension de la créance davantage comme un pouvoir²³⁴ que comme un lien juridique. Il nous semble que c'est précisément parce que le créancier est investi d'un pouvoir qu'il peut exercer un ensemble de prérogatives vis-à-vis de son débiteur.

Pour ce qui est du second courant, son intérêt est double. En premier lieu, envisageant la créance comme un droit subjectif patrimonial, il s'accorde avec la conception de la créance qui ressort de nos ordonnancements juridiques²³⁵. En second lieu, le fait de reconnaître que l'obligation se caractérise par une structure binaire permet de comprendre, malgré le lien indissociable qu'elle entretient avec la créance et la dette, qu'il s'agit de trois notions n'évoquant pas une seule et même réalité. Pourtant, en dépit des avantages de cette thèse, de notre point de vue son auteur n'en tire pas toutes les conséquences vis-à-vis de la cession de créance. Preuve en est, il ne remet par exemple pas en cause l'analyse de la cession en une opération permettant la circulation d'une obligation²³⁶. Or, si l'on considère que l'obligation a une structure binaire réunissant une créance et une dette, toutes deux ayant une nature juridique différente, il ne semble pas cohérent de conclure, comme le fait l'auteur²³⁷, que le transfert d'un de ses éléments entraîne la cession du rapport tout entier.

73. La nécessité de distinguer entre l'obligation et la créance est donc l'enseignement essentiel que l'on peut tirer des deux conceptions qui viennent d'être présentées²³⁸. Tandis que l'obligation est un lien de droit, autrement dit un rapport juridique entre le créancier et le débiteur, la créance est un droit subjectif patrimonial, effet dudit lien, qui accorde au créancier certaines prérogatives spéciales et spécifiques.

patrimonial. Une différence de degré, plus que de nature, oppose les créances protégeant un intérêt patrimonial et celles protégeant un intérêt extrapatrimonial ».

²³³ Nous verrons ultérieurement que c'est grâce à la mise en évidence de la nature modificative de la cession de créance à l'égard de l'obligation que s'expliquent de nombreuses mesures de protection en faveur du débiteur de la créance cédée : V. *infra* n° 388 et s.

²³⁴ Voir par exemple : J. FRANÇOIS, « Les opérations sur la dette », art. préc., spéc. n° 2, p. 45 : « La créance se définit comme un pouvoir d'exiger dont le créancier est légalement investi à l'encontre du débiteur ».

²³⁵ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français, Théorie générale du droit et des droits, les personnes, la famille, la propriété et les autres droits réels principaux*, t. 1, 3^e éd., Sirey, 1938, n° 104, p. 85 ; J. GHESTIN et G. GOUBEUX avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité du droit civil, Introduction générale*, J. Ghestin (dir.), *op. cit.*, n° 216, p. 169 ; J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 15^e éd., Sirey, 2014, n° 201 et s., p. 227 et s. ; Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. I, *Introduction à l'étude du droit privé*, *op. cit.*, n° 451, p. 294. En droit colombien : A. VALENCIA ZEA et A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, t. II, *Derechos reales*, *op. cit.*, n° 14, p. 34 ; L.G. VELÁSQUEZ JARAMILLO, *Bienes*, 12^e éd., Temis, 2010, n° 1, p. 107.

²³⁶ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, *op. cit.*, n° 590 et s., p. 431 et s.

²³⁷ V. Critiques à propos du caractère équivoque de la référence à la notion de cession d'obligation : M.-A. RAKOTOVAHINY, *L'évolution de la notion de créance*, thèse préc., n° 16, p. 30 : « La créance devient un bien parce qu'elle s'est détachée de l'obligation, structure rigide, dans laquelle elle était enfermée. Elle a acquis sa propre existence patrimoniale. Mais ce détachement n'a pu se produire que lorsque la conception traditionnelle de l'obligation a évolué vers plus d'objectivité, notamment par l'admission de sa cession et de sa transmission. En fait, il ne s'agissait pas de la cession du rapport mais du droit dont était titulaire le créancier ».

²³⁸ Voir cependant contre cette analyse: M.-E. CAMACHO LÓPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, *op. cit.*, p. 289-290.

Cette conception est d'ailleurs confortée par les Codes civils français et colombien. Certes, le Code civil français ne dispose pas expressément que le droit de créance est un bien, cependant la lecture de ses travaux préparatoires permet d'aboutir à cette conclusion²³⁹. De plus, cette approche était confortée en droit français dans la proposition de réforme du droit des biens. Le droit de créance y est appréhendé comme un élément du patrimoine²⁴⁰. À la différence du Code civil français, le Code civil colombien reconnaît expressément le caractère de bien au droit de créance, ce qui peut se comprendre par le fait que la *summa divisio* des biens repose, en droit colombien, sur le critère de la tangibilité ; alors qu'en droit français, elle est fondée sur le critère de la stabilité²⁴¹.

Les analyses précédentes révèlent donc que l'objet du transfert est la créance et non l'obligation. Il s'agit là d'un aspect sur lequel on reviendra²⁴². L'obligation est un lien juridique entre deux ou plusieurs sujets ayant pour effet une créance et une dette. C'est précisément parce que l'obligation est la source de la créance que le transfert de celle-ci ne peut empêcher le débiteur, par principe, d'opposer au cessionnaire certaines exceptions liées précisément à l'obligation ou source de la créance²⁴³.

Enfin, il convient d'insister sur le fait que la différenciation que nous défendons, entre obligation et créance, ne correspond pas à celle proposée par la théorie dualiste de l'obligation. Tandis que celle-ci distingue entre le devoir et la contrainte, celle-là distingue l'obligation en tant que lien ou rapport juridique de la créance en tant que bien. En outre, comme un auteur l'a bien souligné, la portée de la théorie dualiste reste limitée dans le domaine de la cession de créance : « *Les théories dualistes de l'obligation attirent l'attention sur les deux pôles du lien d'obligation, mais elles se proposent principalement de rendre compte de situations exceptionnelles où ces deux pôles se dissocient. La transmission conventionnelle des créances ne crée qu'accidentellement une telle situation, par exemple dans la période entre la conclusion de la convention translatrice et son opposabilité au débiteur* »²⁴⁴.

74. Ainsi, l'analyse de la cession de créance en un transfert d'obligation envisagée activement, sur le fondement de l'identification de la créance à l'obligation, se révèle injustifiée. Les

²³⁹ Selon Portalis, « *Indépendamment des choses mobilières et immobilières, il est une troisième espèce de biens, celle des créances et d'autres droits incorporels [...] elle est dans le commerce comme tous les autres biens* » ; P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, Paris, 1827, p. 149.

²⁴⁰ Voir en ce sens « *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens* », H. Périnet-Marquet (dir.), LexisNexis, 2009, où l'article 520 dispose que « *Sont des biens, au sens de l'article précédent, les choses corporelles ou incorporelles faisant l'objet d'une appropriation, ainsi que les droits réels et personnels tels que définis aux articles 522 et 523* ».

²⁴¹ Tandis que l'article 516 du Code civil français dispose que tous les biens sont meubles ou immeubles, l'article 653 du Code civil colombien prévoit que les biens consistent dans des choses corporelles ou incorporelles.

²⁴² V. Titre II : La cession de créance en tant que transfert conventionnel et polyvalent d'un bien incorporel.

²⁴³ V. *infra* n° 522 et s.

²⁴⁴ F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 219, p. 180.

critiques pouvant être adressées contre l'expression « transfert de l'obligation » permettent également de contester une telle analyse.

§2- La critique de l'expression « transfert d'obligation »

75. Comme on a pu le relever, l'expression « transfert d'obligation » peut avoir plusieurs significations²⁴⁵. Cependant, aucune d'elles ne paraît satisfaisante eu égard à la notion d'obligation que nous défendons.

Selon une première acception, le « transfert d'obligation » désignerait la transmission du contenu de l'obligation ; une interprétation méconnaissant le fait que l'obligation est avant tout un rapport entre deux sujets de droit. Si une telle analyse peut s'expliquer à partir de l'appréhension de l'obligation comme un rapport entre deux patrimoines, ce n'est plus le cas si on privilégie une conception subjective de l'obligation. La conception objective de l'obligation n'est pas convaincante²⁴⁶. Comme a pu le souligner un auteur, si les parties au rapport d'obligation n'étaient pas importantes, le législateur ne devrait s'occuper ni de leur consentement ni de leur capacité²⁴⁷.

Au-delà de cette objection, il nous semble que le postulat selon lequel la cession de créance emporte un transfert d'obligation doit être abandonné dans la mesure où il est à l'origine de l'opinion, aussi répandue que contestable, selon laquelle la cession de créance est une opération indifférente au débiteur²⁴⁸. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette question importante lors de l'étude de la situation du débiteur en conséquence de la cession de créance²⁴⁹. A ce stade de nos recherches, il importe de souligner que le fait d'accorder une signification restrictive à l'expression « transfert d'obligation » revient non seulement à dénaturer la notion d'obligation, mais également à troubler l'analyse de la situation du débiteur par rapport à la cession.

Quant à la seconde signification qui propose d'analyser le « transfert d'obligation » en une substitution d'une des parties dans le rapport d'obligation sans que celui-ci soit pourtant rompu, la principale difficulté qu'elle pose tient au fait qu'elle laisse entendre que l'obligation, lien juridique, peut être objet du transfert. Cependant, on voit mal comment un lien juridique peut être objet du transfert,

²⁴⁵ V. *supra* n° 51 et s.

²⁴⁶ Sur les critiques d'une conception strictement objective de l'obligation : J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n° 281, p. 294 ; Y. PICOD, V° « Obligations », *Rép. civ.*, janv. 2006 (maj avril 2016), spéc. n° 12 ; F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 1, p. 5 ; A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, *Etude de droit civil français*, Préf. D. Tallon, LGDJ, 1980, n° 1, p. 3. En droit colombien: F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, *op. cit.*, n° 11, p. 67; G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, *op. cit.*, n° 5, p. 11.

²⁴⁷ A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, *Etude de droit civil français*, *ibidem*, n° 48, p. 24.

²⁴⁸ G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, thèse préc., n° 61, p. 62.

²⁴⁹ V. *infra* n° 298 et s.

du moins par un acte entre vifs. Cela reviendrait à admettre que le rapport tout entier, y compris les sujets actif et passif du lien, passent dans un autre patrimoine²⁵⁰, ce qui n'est pas le cas pour la cession de créance où un tiers vient prendre la place, pour l'avenir, du créancier originaire²⁵¹. En outre, l'analyse de la substitution d'une des parties au lien d'obligation en un « transfert d'obligation »²⁵² est critiquable, car, à l'instar de la première conception qui considère le « transfert de l'obligation » comme le « maintien du contenu de l'obligation », elle tente d'occulter le fait que la cession de créance opère une modification du lien juridique d'obligation.

76. L'idée que la cession de créance emporte le transfert de l'obligation est donc à écarter. La distinction entre la créance et l'obligation ainsi que les différentes critiques pouvant être adressées contre l'expression « transfert d'obligation » militent en faveur de ce rejet. Il en va de même quant aux doutes sur la pertinence du rapprochement entre la cession de créance et la transmission universelle des créances.

§ 3 – Les doutes sur le rapprochement entre la cession de créance et la transmission universelle des créances

77. On l'a vu, la transmissibilité de l'obligation trouverait vraisemblablement son origine dans la théorie de la succession universelle à cause de mort²⁵³. En raison du principe de la continuation de la personne du défunt²⁵⁴, il est considéré qu'il existe, entre le défunt et l'héritier, identité de personnalité juridique. Ce principe d'identité de personnalité juridique entre le défunt et l'héritier peut suggérer une transmissibilité de l'obligation²⁵⁵ toutefois, la transposition de ce raisonnement à la cession de créance ne paraît pas pertinente. Deux exemples, non exhaustifs, méritent d'être évoqués afin de conforter notre position.

²⁵⁰ Rapp. J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, op. cit., n° 281, p. 295 qui estiment que « si l'obligation est intransmissible, c'est parce qu'elle ne peut jamais se reporter à l'identique sur la tête d'un tiers ».

²⁵¹ V. *infra* n° 81 s.

²⁵² En faveur de cette analyse : Ph. SIMLER, « Cession de dette, cession de contrat », art. préc., p. 102 : « Ce plaidoyer ne tend pas à démontrer qu'une cession de dette doit être possible avec la même simplicité qu'une cession de créance. On le verra dans un instant. Il tend seulement à prouver que cette idée qu'un lien d'obligation ne pourrait pas être passivement transmis sans rupture par un débiteur à une autre personne est un postulat. Si le lien d'obligation était par nature incessible, il le serait non seulement passivement, mais aussi activement. Il serait pareillement intransmissible à titre universel ».

²⁵³ V. *supra* n° 58 et s.

²⁵⁴ Voir à propos de cette fiction : G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les successions et les libéralités*, op. cit., n° 200, p.157 : « La transmission des dettes du défunt à son héritier s'est heurtée dans l'Histoire à deux difficultés. 1) La première tenait à la conception essentiellement personnelle de l'obligation. Le droit romain primitif voyait dans le lien d'obligation un lien dont le caractère essentiellement personnel a fait longtemps obstacle à la cession de créance et surtout à la cession de dette ; l'obligation ne pouvait survivre à un changement de débiteur. Mais cet obstacle devrait être levé assez vite précisément lorsqu'il s'agissait d'une transmission universelle et précisément par voie de succession. L'idée primitive de la copropriété familiale a fait naître celle de la continuité de la propriété à la mort du de cuius d'où a été tirée, semble-t-il, celle de la continuation de la personne. L'héritier était considéré comme le continuateur de la personne du défunt, celui-ci se survit fictivement en lui avec ses dettes ».

²⁵⁵ V. *supra* n° 59.

Le premier exemple concerne l'hypothèse de la compensation. Dans le cas d'une transmission universelle, à la différence de ce qui se passe avec une cession de créance, le débiteur devrait pouvoir obtenir de l'héritier la compensation qu'il aurait pu invoquer contre le défunt, son créancier originaire²⁵⁶. Cette différence s'explique par le fait que, dans le cas de la transmission universelle, l'ayant-cause est censé représenter le *de cuius*. Dans le cas d'une cession de créance, en revanche, comme la doctrine le reconnaît unanimement, le cessionnaire ne représente pas le cédant²⁵⁷ : le cessionnaire acquiert un bien incorporel, la créance²⁵⁸. Si l'on affirme que l'ayant-cause à titre universel ne fait qu'acquérir un bien du *de cuius*, il y aurait lieu d'admettre que, sauf réserve, comme dans l'hypothèse de la cession de créance, le débiteur perdrait le droit à la compensation. La raison en est simple. La condition de réciprocité ferait défaut²⁵⁹. En revanche, l'idée selon laquelle l'ayant-cause à titre universel ne fait que continuer la personne du *de cuius* permet de considérer que la condition de réciprocité se maintient.

Le second exemple se rapporte à la notion de simulation. Nous reviendrons en détails sur cette question à l'occasion de l'étude de l'incidence de la cession sur la situation du débiteur de la créance cédée²⁶⁰. À ce stade, il importe seulement de souligner que, dans le cas de la transmission universelle, l'ayant-cause à titre universel n'est pas considéré comme un tiers par rapport aux actes juridiques passés par son auteur²⁶¹. Cette règle est reconnue en droit français et en droit colombien : s'agissant du droit français, elle était déjà consacrée à l'ancien article 1321 du Code civil avant que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ne la reprennent dans un nouvel article 1201. Quant au droit colombien, le législateur a consacré la même règle à l'article 1766 du Code civil. En revanche, le cessionnaire est un tiers par rapport aux actes juridiques passés par son auteur. Dès lors, tandis que la possibilité pour le débiteur d'invoquer l'efficacité d'une contre-lettre ne fait pas de doute dans le cas

²⁵⁶ En outre, dans le cas de la transmission universelle, une telle réserve n'aurait pas de sens parce qu'il n'y a pas d'obligation de notification ou d'acceptation du débiteur comme dans le cas de la cession de créance.

²⁵⁷ F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 222, p. 181 : « A la différence des opérations attributives comme la délégation parfaite ou la novation par changement de créancier, la transmission conventionnelle des créances ne crée pas une nouvelle obligation entre l'ayant cause et le débiteur. La délégation ne peut réaliser qu'une transmission indirecte des créances. À la différence des hypothèses de représentation, l'ayant cause acquiert le droit d'exiger en son nom et pour son compte l'inexécution de l'obligation qui liait initialement l'auteur et le débiteur » ; Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse préc., t. I, nos 27 et 28, p. 50 : « La cession de créance a seulement pour objet de réaliser une succession à la créance (...) dire que le cessionnaire succède au droit du cédant, ne peut, en aucun cas, signifier qu'il est le représentant du cédant » ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les obligations*, t. II, *Le régime*, *op.cit.*, n° 350, p. 314.

²⁵⁸ V. *supra* n° 30.

²⁵⁹ En effet, d'après l'ancien article 1295, alinéa 1^{er} du Code civil français : « Le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a fait de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation opposer au cédant ». Nous aurons l'opportunité d'y revenir lorsqu'il sera question d'analyser la situation du débiteur en vertu de la cession de créance. Pour l'instant, il est intéressant de remarquer que sur cet aspect spécifique, la cession de créance s'éloigne de façon importante de la transmission universelle.

²⁶⁰ V. *infra* n° 566 et s.

²⁶¹ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n° 481, p. 540 ; Cass.civ. 1^{re}, 8 juin 1999, *Bull. civ.* I, n° 246. En droit colombien : J. SUESCÚN MELO, *Derecho privado*, t. I, *Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, *op. cit.*, p. 206.

de la transmission universelle, cette opportunité ne lui est pas reconnue dans le cas de la cession de créance, sous réserve, bien entendu, de la démonstration de la connaissance de la contre-lettre par le cessionnaire, autrement dit, sous réserve de la bonne foi de celui-ci²⁶².

Ces deux exemples montrent que si l'idée d'une transmission de l'obligation dans le cas de la succession universelle à cause de mort peut être admise étant donné que le législateur présume qu'aucun changement de créancier n'a eu lieu, elle ne peut pour autant être transposée automatiquement dans le domaine de la cession de créance. Il est en effet difficile d'occulter le fait que dans une cession de créance, un tiers, le cessionnaire, vient prendre la place d'une autre personne dans un lien juridique précédemment formé, entraînant des modifications importantes.

78. En outre, même si l'on admettait que la cession de créance et la transmission de créance à titre universel appartenait à une même catégorie, la thèse de la nature translatrice de l'opération, insistant sur le maintien de l'obligation et sur le principe de la continuation de la personne du défunt, ne s'imposerait de toute évidence pas. Le but de notre étude n'est pas de prendre parti sur le bien-fondé ou non du principe de la continuation de la personnalité du *de cuius* par l'héritier²⁶³. Néanmoins, la règle de la continuation de la personne du défunt connaît sans conteste certaines limites. Par exemple, en cas de pluralité d'héritiers, le principe de la division des règles des créances et des dettes²⁶⁴, ainsi que les règles concernant l'indivision et le partage. En effet, conformément aux articles 1309 (rédac. ord. 10 fév. 2016)²⁶⁵ du Code civil français et 1583 du Code civil colombien, le décès a pour effet de diviser immédiatement les créances et les dettes du défunt entre ses héritiers. Cela ne signifie pour autant pas que les créances du défunt échappent à l'indivision et à l'effet déclaratif du partage, ce que laisserait croire une lecture isolée des articles 1309 et 1583 mentionnés précédemment. Les créances sont également soumises au principe de l'effet déclaratif du partage consacré respectivement aux articles 883 et 1401 des Codes civils français et colombien. Il s'agit donc de concilier ces deux

²⁶² V. À propos de l'inopposabilité de l'acte secret au cessionnaire : Cass. civ. 15 mai 1944, *DA*, 1944, 86 : « Une contre-lettre n'est pas opposable au cessionnaire de bonne foi d'une créance lorsqu'elle contrarie l'acte ostensible dont les effets ont été cédés ». Pour une analyse approfondie du cas particulier des exceptions fondées sur des éléments ayant fait l'objet d'une simulation dans le cas de la cession de créance : Ch. LACHIEZE, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, op. cit., n° 506, p. 495 et s.

²⁶³ Il s'agit d'un principe qui n'est remis en cause ni en droit français ni en droit colombien, même si les auteurs reconnaissent ses limites. En droit français : J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, op. cit., n° 391, p. 435 ; M. GRIMALDI, *Droit civil, successions*, op. cit., n° 549 et 550, p. 545 et s. En droit colombien : R. SUAREZ FRANCO, *Sucesiones*, 3^e éd., Temis, 1999, n° 4, p. 6.

²⁶⁴ Rappr. M. GRIMALDI, *Droit civil, Successions*, op. cit., n° 592, p. 576 qui se prononce en faveur du principe de divisibilité des dettes : « si chaque successeur était obligé au tout, il n'y aurait pas maintien mais amélioration de la situation du créancier. Celui-ci se trouverait avoir plusieurs débiteurs au lieu d'un. L'obligation serait donc pareillement transformée : conçue unique, elle deviendrait solidaire. Simplement, sa mutation serait alors à l'avantage du créancier : au lieu d'être pulvérisée, elle serait démultipliée. Cela montre que la fiction a ses limites face à la réalité de la mort : on ne peut pas toujours faire comme si le défunt était encore en vie. Il n'est déjà pas facile de faire continuer la personne du de cuius par un vivant ; ce l'est encore moins de la faire continuer par plusieurs » (nous soulignons).

²⁶⁵ Cette même règle était consacrée par l'ancien article 1220 du Code civil français.

principes. En définitive, si le nouvel article 1309 du Code civil français et l'article 1583 du Code civil colombien règlementent l'indivision, notamment les rapports entre le débiteur de la créance et les héritiers dans le cadre de celle-ci, les articles 883 et 1401 respectifs des Codes civils français et colombien règlent le rapport entre les cohéritiers. Ainsi, si chaque cohéritier peut, par exemple, poursuivre le recouvrement d'une créance, il ne peut réaliser une cession de la créance faisant partie de l'indivision sous peine de rendre l'opération inopposable aux autres héritiers lors du partage. La raison en est simple. Alors que dans la première hypothèse l'héritier réalise un acte d'administration sur la créance successorale, dans la seconde, il accomplit un acte de disposition dont l'efficacité est conditionnée aux résultats du partage. Cela correspond à la position défendue par la doctrine majoritaire qui distingue entre les effets des actes normaux et ceux des actes anormaux accomplis par l'héritier : « *Il est raisonnable en effet que chaque cohéritier puisse faire seul les actes normaux sur la créance successorale, non les actes anormaux* »²⁶⁶.

Cet exemple illustre que le principe de la continuation de la personne du défunt laisse indûment penser, dans l'hypothèse d'une succession universelle, que l'obligation est inaltérable. Par conséquent, si l'obligation subit des modifications même dans cette hypothèse, la thèse de la transmissibilité de l'obligation n'est pas déterminante.

79. **CONCLUSION DE LA SECTION I.** Différents arguments peuvent être invoqués à l'encontre de l'analyse de la cession en un acte translatif d'obligation, dont trois méritent une attention particulière.

Le premier argument est que créance et obligation ne sont pas équivalentes. Certes, la créance est un effet de l'obligation ; par conséquent, le lien entre la créance et l'obligation est indéniable. Cependant, l'obligation est avant tout un lien juridique alors que la créance est un droit subjectif patrimonial. Ainsi, l'analyse de la cession en un acte translatif de créance ne signifie pas que la cession opère un transfert d'obligation activement.

Le second argument réside dans la difficulté de déterminer avec précision ce qu'on doit comprendre par l'expression « transfert de l'obligation ». Si pour certains auteurs le « transfert de l'obligation » se traduit par la transmission de la prestation ou de l'émolument de la créance, pour d'autres, il s'agit de la substitution d'une ou de deux parties au lien d'obligation. Mais aucune de ces deux interprétations ne convainc. Si l'obligation est un lien juridique, rapport entre deux sujets de droit, on voit mal comment on peut considérer que le transfert de la seule prestation équivaut au transfert de l'obligation. De même, la mise en évidence de la nature subjective de l'obligation conduit

²⁶⁶ Ph. MALAURIE et Cl. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, 7^e éd., LGDJ, 2016, n° 850, p. 497-498.

à rejeter la seconde interprétation. Effectivement, si l'obligation est un rapport entre deux sujets déterminés, le « transfert de l'obligation » devrait signifier que le rapport tout entier, sans aucune modification, passe d'un patrimoine à un autre. Mais cela n'a pas lieu d'être par la seule substitution d'un ou des deux sujets formant le lien initial. Dans une telle hypothèse, il est plus pertinent de reconnaître que le lien initial ne fait que subir une modification.

Le troisième argument est que si l'idée de transmission de l'obligation peut avoir une certaine place dans le cadre de la succession universelle à cause de mort - laquelle a précédé et préparé le terrain pour admettre la cession de créance-, en raison du principe de la continuation de la personne du défunt, cela ne signifie néanmoins pas qu'on puisse la transposer dans le cadre de la cession de créance. On a vu que le principe de la continuation de la personne du défunt pouvait justifier certaines solutions qui favoriseraient la thèse de la transmissibilité de l'obligation, cependant ces solutions n'ont pas lieu de s'appliquer en matière de cession de créance. De sorte que la thèse de la transmissibilité de l'obligation devrait rester confinée au domaine de la succession universelle. De plus, on ne peut éluder le fait que même dans le cadre de celle-ci, la transmissibilité de l'obligation n'est pas si incontestable qu'on pourrait le penser. Il paraît en effet difficile d'occulter que la substitution du défunt par l'héritier opère nécessairement un changement dans le rapport d'obligation.

Force est donc de constater, grâce aux différents arguments invoqués à l'encontre de l'analyse de la cession de créance en un acte translatif d'obligation, que celle-ci opère une modification, par changement de créancier, du rapport d'obligation : le cessionnaire vient occuper la place du cédant. Certes, le recours à l'idée de modification de l'obligation peut évoquer le mécanisme de la novation, toutefois, comme nous le démonterons, le changement de créancier opéré par la cession de créance n'a pas de caractère novatoire.

Section II- Pour l'analyse de la cession de créance en un changement non novatoire de l'obligation

80. L'analyse de la cession de créance en un changement non novatoire d'obligation peut de prime abord surprendre. Tant le droit français que le droit colombien semblent communément associer l'idée de modification de l'obligation à celle de novation²⁶⁷. Cependant, l'analyse de la cession en un changement non novatoire nous paraît aussi pertinente : certes, on ne peut éluder le fait que la

²⁶⁷ Voir en ce sens : D. CHOLET, « La novation de contrat », *RTD civ.* 2006, p.467 s., n° 11, p. 473 : « *Ce n'est qu'au 19^e siècle que les modifications susceptibles d'entraîner la novation ont été systématisées par la doctrine guidée par une jurisprudence naissante. Pour elle, les changements apportés doivent être de telle sorte que la seconde obligation soit incompatible avec la première, sinon il n'y a pas de novation mais simple modification de l'obligation* ».

cession opère un changement de créancier (§1) ; toutefois, en dépit de cette substitution, l'obligation est maintenue. Cette particularité de la cession de créance permet de la distinguer de la novation par changement de créancier (§2).

§1- La nécessaire prise en considération du changement de créancier opéré par la cession de créance

81. Si la cession de créance doit être analysée en une modification de l'obligation, la raison en est que la cession opère un changement de sujet actif dans l'obligation et que celle-ci représente avant tout un rapport entre deux sujets. Sans nier que la cession entraîne un changement de créancier, la doctrine majoritaire, en France comme en Colombie, n'analyse pourtant pas la cession de créance en une modification de l'obligation. Malgré cette réticence, quelques signes de la prise en considération du caractère modificatif de la cession peuvent cependant être identifiés tant en droit français qu'en droit colombien (A). Cette approche est également privilégiée au sein de certains systèmes juridiques étrangers (B), ainsi que dans le cadre du droit européen des contrats et du droit international (C).

A- Les signes en droits français et colombien

82. En ce qui concerne le droit français, il est indispensable de revenir aux études menées par le professeur Ghazi qui a pu souligner qu'à côté de la novation de l'obligation, une autre catégorie autonome devrait être reconnue : celle de la modification de l'obligation²⁶⁸. Le risque de confusion entre ces deux catégories est important, les deux impliquant un changement d'un des éléments substantiels de l'obligation : soit ses sujets, soit son objet. Néanmoins, ce risque ne serait pas un obstacle insurmontable. La clef de la distinction réside dans la finalité de ces dispositifs : à la différence de la novation, la modification a pour but la substitution d'un objet ou d'une personne à une autre dans un même rapport juridique. Le critère pour déterminer qu'il s'agit d'un même rapport résiderait dans le maintien de la cause de l'obligation. Sans approfondir pour le moment ce point, il convient tout de même de souligner que pour M. Ghazi, le silence du Code civil à propos de l'existence et du régime de la modification de l'obligation ne représente pas un véritable obstacle à sa reconnaissance. Au contraire, cet auteur considère qu'une lecture attentive de certaines dispositions permet d'aboutir à la conclusion que les parties pourraient procéder à la modification sans novation de l'obligation. Précisément, le professeur Ghazi affirme que la cession de créance, mécanisme reconnu par le droit positif, rendrait parfaitement compte de l'existence de la catégorie de la modification de l'obligation

²⁶⁸ A. GHAZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, *Etude de droit civil français*, *op. cit.*, n° 47, p. 23.

par un changement de sujet. Il reconnaît ainsi que même si le créancier joue un rôle important dans l'obligation, ce qui explique notamment que l'on s'intéresse à l'existence et à la qualité de son consentement, cela n'empêcherait pas qu'un tiers puisse se substituer à lui dans le même rapport de droit²⁶⁹. Il est donc possible d'affirmer, en suivant cette idée du professeur Ghazi, que la cession de créance envisagée du point de vue du droit des obligations consiste dans la substitution du cessionnaire au créancier cédant dans le même rapport d'obligation ou, selon les termes préférés par d'autres auteurs, dans une succession à la créance à titre particulier²⁷⁰.

83. Avant de poursuivre notre réflexion, une précision importante doit être faite concernant l'utilisation des termes « substitution » et « succession » en tant que synonymes. Cette assimilation a été remise en cause récemment par M. Jeuland, auteur d'une thèse portant sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation²⁷¹. Ce dernier propose que la notion de substitution de personne en tant que catégorie autonome soit réservée aux cas dans lesquels la substitution est l'objet même de l'opération ; par exemple dans le cas de l'exercice d'une action oblique²⁷². Ainsi, dans les cas où la substitution n'est qu'un effet secondaire d'une opération de transfert, il n'y aurait pas lieu de considérer un phénomène de substitution de personne mais plutôt un cas de succession à titre particulier. La principale conséquence que tire l'auteur de cette distinction tient à ce que dans les cas de substitution d'une personne il y aurait une coexistence des parties dans le rapport d'obligation ; tandis que dans le cas de succession à titre particulier, on assisterait, au contraire, à la sortie de la partie originaire du rapport d'obligation et à la subséquente entrée d'un tiers afin d'occuper sa place.

Suivant l'analyse présentée par M. Jeuland, la cession de créance ne serait pas un cas de substitution de personne dans un rapport d'obligation, mais un cas de succession à titre particulier : la cession est un transfert d'obligation et la substitution du créancier par le cessionnaire ne serait qu'un effet secondaire de ce transfert²⁷³.

Une étude approfondie de cette proposition dépasse certainement le cadre de notre recherche. Nous ne prétendons néanmoins pas nier le caractère translatif de la cession de créance sur

²⁶⁹ A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties, Etude de droit civil français, op. cit.*, n° 48, p. 24.

²⁷⁰ Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse préc., t. I, n° 29, p. 54 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations, op. cit.*, p. 453. Il est à noter que le professeur F. Hinestrosa utilise aussi l'expression de « succession à titre particulier » pour faire référence à la cession de créance : F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes, op. cit.*, n° 279, p. 394. La doctrine italienne utilise aussi le terme « succession ». V. not. E. BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, t. II, trad. y notas del derecho español por José Luis De Los Mozos, Editorial Revista de derecho privado, Madrid, 1970, n° 1, p. 197.

²⁷¹ E. JEULAND, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, Préf. L. Cadet, LGDJ, 1999, n° 93, p. 83.

²⁷² *Ibidem*, n° 10, p. 9.

²⁷³ *Ibidem*.

lequel nous aurons l'opportunité de revenir en détails au moment d'analyser la cession de créance du point de vue du droit des biens et des contrats spéciaux²⁷⁴. Mais il est aussi certain, comme le reconnaît d'ailleurs l'auteur, que la cession de créance a pour effet une substitution du créancier originaire par le cessionnaire. C'est précisément à cet effet que nous prétendons nous attacher en étudiant la cession de créance au regard du droit des obligations. Ainsi, nous considérons qu'il est possible, dans le cadre de notre recherche, d'utiliser les deux expressions comme synonymes.

84. Par ailleurs, il est intéressant de noter que l'analyse de M. Ghozi relative au caractère modificatif de la cession de créance semble avoir été accueillie favorablement par d'autres auteurs. Trois positions méritent à cet égard d'être signalées.

La première position est celle de M. Sériaux. Même s'il ne refuse pas le caractère de bien à l'obligation, il affirme aussi qu'il n'est pas possible d'écarter l'appréhension de l'obligation en tant que lien. C'est précisément parce qu'il considère l'obligation en tant que lien que l'auteur analyse la cession de créance en une « *modification par transmission du lien d'obligation* ». Le lien originaire serait modifié car le débiteur ne serait plus tenu envers le même créancier²⁷⁵. Même si nous ne partageons pas la conception restrictive de cet auteur à propos de la transmission du lien d'obligation, laquelle résulte selon nous d'une assimilation de la créance à l'obligation, son mérite est d'avoir mis en évidence le caractère modificatif de la cession de créance.

Une deuxième position intéressante est celle de M. Leplat. Cet auteur, à travers sa thèse consacrée à l'étude de *la transmission conventionnelle des créances*, cherche à démontrer que la distinction opérée par la doctrine entre la cession de créance, la négociation et la subrogation est une différenciation artificielle qui a conduit à des confusions regrettables. L'auteur souligne, afin de justifier l'unité de ces mécanismes, que même si le débiteur ne consent pas à l'opération, celle-ci opère un changement de créancier. Ainsi, l'effet caractéristique de la transmission conventionnelle des créances ne se situerait pas dans les rapports entre les parties mais dans les rapports respectifs de celles-ci avec le débiteur²⁷⁶.

La troisième position à mentionner est celle du professeur Larroumet. On l'a vu, pour cet auteur, la cession de créance est une opération juridique à trois personnes translatrice d'obligation²⁷⁷.

²⁷⁴ V. *infra* n° 130 et s.

²⁷⁵ A. SERIAUX, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 168, p. 613-614 : « Une tierce personne, qui jusque-là n'avait rien à voir avec le lien d'obligation, peut donc recueillir le droit du créancier et le faire valoir ensuite contre le débiteur. C'est cela (et seulement cela) que l'on peut nommer à juste titre une transmission du lien d'obligation. Elle opère incontestablement une certaine modification du lien originaire car le débiteur n'est plus tenu envers le même créancier ».

²⁷⁶ F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 222, p. 181 : « La transmission conventionnelle des créances est une modification du lien d'obligation n'emportant pas une novation de l'obligation ».

²⁷⁷ Cette présentation a pour but de mettre en évidence que la cession de créance n'est pas assimilable à la transmission d'un droit réel et qu'elle établit un lien d'obligation entre le cessionnaire et le débiteur de la créance cédée.

Cependant, une lecture attentive de ses travaux révèle qu'il reconnaît aussi le caractère modificatif de la cession de créance. Le constat que le professeur Larroumet n'affirme pas expressément ce caractère peut s'expliquer par le fait qu'il ne distingue pas créance et obligation. Le caractère translatif de la cession de créance accapare souvent le débat, occultant que celle-ci opère également une modification du lien juridique. Le professeur Larroumet admet cependant que la cession entraîne une modification interne du rapport de droit, modification qu'il justifie en se fondant sur une vision mixte de l'obligation qui n'est pas exempte de critiques, comme on a eu l'opportunité de le démontrer²⁷⁸.

Par ailleurs, il est intéressant de souligner que l'une des moutures de l'avant-projet de réforme du droit des obligations français présentée par la Chancellerie traitait de la cession de créance dans une section I intégrée à un chapitre IV intitulé « *La modification du rapport d'obligation* »²⁷⁹. Même si l'ordonnance du 10 février 2016 a abandonné une telle présentation, celle-ci témoigne que l'idée d'appréhender la cession en tant que modification de l'obligation était déjà présente dans les esprits des rédacteurs de la réforme du droit des obligations.

85. La prise en considération du caractère modificatif de la cession de créance dans le cadre du régime général des obligations n'est pas étrangère à la doctrine colombienne. Les travaux d'Hinestrosa, par exemple, en témoignent. En effet, cet auteur a abordé la question de la cession de créance dans un chapitre relatif aux vicissitudes de l'obligation²⁸⁰ et, plus spécifiquement, dans une section première intitulée « *De la modification des éléments structurels de la relation obligatoire* »²⁸¹. Il commence par affirmer que même si la relation obligatoire est appelée à se maintenir entre les mêmes sujets, cela peut changer. Ainsi, à partir de la naissance de l'obligation et jusqu'à son extinction, il est possible d'observer, ce qui serait assez fréquent, des changements dans ses éléments structurels : sujets actif et passif, objet et contenu²⁸². Hinestrosa a expressément reconnu que la cession de créance et la subrogation sont des mécanismes permettant le changement du sujet actif sans rupture du lien²⁸³. Son approche conforte l'idée du caractère modificatif de la cession de créance au regard de la théorie générale des obligations. Cette position reste isolée dans la doctrine colombienne mais il est intéressant de relever qu'une étude récente portant sur la cession de créance en droit colombien s'est montrée favorable au classement de cette dernière parmi les « *modifications ou vicissitudes des obligations* »²⁸⁴.

²⁷⁸ Voir *supra* n° 75.

²⁷⁹ Voir l'avant-projet de réforme présenté par la Chancellerie en octobre 2013.

²⁸⁰ Le professeur F. Hinestrosa utilise l'expression « *vicissitudes de l'obligation* » à l'instar de la doctrine italienne.

²⁸¹ F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, *op. cit.*, p. 373.

²⁸² *Ibidem*, n° 264, p. 383.

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ M.-E. CAMACHO LOPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, *op.cit.*, p. 553 : « *Cette indépendance [de la cession de créance] ne s'observe pas seulement dans son placement, beaucoup plus correct, à notre avis, à l'intérieur des modifications ou vicissitudes* ».

86. Même s'il ne s'agit pas de la position majoritaire dans la doctrine française et colombienne, certains auteurs reconnaissent donc que la cession de créance opère une modification subjective de l'obligation ; une conception consacrée dans certains droits étrangers.

B- L'exemple de certains droits étrangers

87. Parmi les systèmes juridiques qui appréhendent la cession de créance, envisagée au regard de la théorie générale des obligations, comme une modification subjective d'obligation, le droit italien et le droit espagnol méritent une attention spéciale.

S'agissant du droit italien, la cession de créance est traitée dans le livre quatrième du Code civil relatif aux obligations²⁸⁵. Certes, le législateur italien ne s'est pas prononcé expressément quant au caractère modificatif ou translatif de l'obligation ; cependant, la réglementation de la cession de créance dans le livre consacré à l'étude des obligations a constitué un terrain favorable à l'analyse de la cession de créance du point de vue du droit des obligations. L'auteur italien le plus représentatif de cette tendance est le Professeur Betti à qui l'on doit notamment une étude relative à la modification de l'obligation par changement des parties. Cette étude l'a conduit à établir une classification bipartite des modifications subjectives pouvant être supportées par l'obligation, qui distingue celles causées par l'adjonction d'un sujet²⁸⁶ de celles provoquées par la succession d'une partie à une autre. Dans le premier cas, il serait possible de constater une sorte de coexistence entre les parties originaires au rapport d'obligation et le tiers qui viendrait s'y joindre. Dans le second cas, en revanche, une des parties originaires au rapport d'obligation disparaîtrait afin de permettre qu'un tiers au rapport vienne lui succéder. L'auteur mentionne expressément la cession de créance comme un cas de modification de l'obligation en raison de la succession d'une partie à une autre²⁸⁷.

Pour ce qui est du droit espagnol, à la différence du droit italien, le Code civil traite la cession de créance comme une forme particulière de vente. En cela, le droit positif espagnol se rapproche du droit positif français avant la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016²⁸⁸. Cependant, de nombreux auteurs espagnols ont suivi la doctrine italienne quant à l'analyse de la cession du point de

des obligations, et non dans le cadre de la vente ou un autre type contractuel spécifique, mais aussi dans une meilleure compréhension de sa nature juridique et de toutes les possibles fonctions qu'elle permet d'accomplir (...)» (nous soulignons).

²⁸⁵ La place accordée à la cession de créance dans le Livre des obligations est le produit de la réforme du Code civil italien de 1942. Le Code civil de 1865 avait suivi le Code civil français et, par conséquent, la cession de créance y était appréhendée comme une forme particulière de vente.

²⁸⁶ Par exemple, dans le cas de la délégation de créance : E. BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, op. cit., p.186.

²⁸⁷ À côté de la cession de créance, l'auteur place la subrogation personnelle comme un cas de succession à titre particulier : E. BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, op. cit., p. 186 et s.

²⁸⁸ En effet, la cession de créance est régie par les articles 1526 à 1537 lesquels font partie d'un Chapitre VII qui intègre un Titre IV relatif au contrat de vente.

vue du droit des obligations. Ces auteurs reprennent la théorie des modifications ou vicissitudes de l'obligation selon laquelle celle-ci peut subir des changements soit dans ses éléments structurels -objet, sujets-, soit dans ses éléments fonctionnels. La cession de créance opérant une substitution d'un sujet à un autre dans le rapport d'obligation, ces auteurs concluent qu'elle opère une modification subjective de l'obligation²⁸⁹.

88. L'analyse d'une partie importante de la doctrine italienne et espagnole a permis d'éclairer le débat à propos de la nature juridique de la cession de créance, analysée au regard du droit des obligations. Plus précisément, une telle analyse nous a permis de mettre en relief le caractère modificatif de la cession de créance. Un regard attentif sur le droit européen des contrats et sur le droit international conforte cette conception.

C- Les manifestations en droit européen des contrats et en droit international

89. Notre analyse du droit européen se concentrera sur les Principes du droit européen des contrats et les Principes contractuels communs qui sont les deux instruments prévoyant des dispositions relatives à la cession de créance. En dépit de leur absence de caractère normatif obligatoire, ces deux textes ont une valeur doctrinale qui leur confère une certaine pertinence. Ces Principes sont en effet le résultat d'une analyse approfondie des diverses solutions proposées dans les différents pays de l'Union européenne dont le principal objectif est de tendre à leur harmonisation.

90. S'agissant tout d'abord des Principes du droit européen du contrat, il est à souligner qu'ils traitent de la cession de créance dans un chapitre indépendant (chapitre 11) de celui qui aborde les questions relatives à la cession de contrat et à la substitution du débiteur (chapitre 12). Les commentateurs précisent que la différence entre les deux chapitres tient tantôt à l'exigence, tantôt à la dispense du consentement du cédé²⁹⁰. À la différence des Principes du droit européen du contrat, les Principes contractuels communs regroupent dans un chapitre 11 intitulé « *Du changement des parties* » le dispositif de la cession de créance (Section 1), celui de la substitution du débiteur (Section II) et celui

²⁸⁹ L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. 2, *Las relaciones obligatorias*, 4^e éd., Civitas, Madrid, 1993, p. 792 : « La modification [de la relation d'obligation] peut consister dans la substitution d'un sujet par une autre, (par exemple dans le cas de la cession de créance ou de la substitution de l'ancien débiteur par un autre nouveau). Elle peut consister aussi dans l'addition ou suppression d'une ou de plusieurs sujets du rapport originaire (par exemple dans le cas où un nouveau débiteur s'oblige à côté de l'ancien débiteur) » ; C. LASARTE, *Derecho de obligaciones, Principios de derecho civil II*, 13^e éd., Marcial Pons, 2009, p. 186 : « (...) la modification subjective [de l'obligation] peut avoir lieu, soit par un changement de débiteur ou cession de dette, car le débiteur occupe la face passive de la relation obligatoire, soit par le changement de créancier ou transmission de la créance ».

²⁹⁰ V. Droit privé et européen, *Projet de Cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, vol. 7, Société de Législation comparée : « Observations générales » au Chapitre 11, p. 757 et s.

de la cession du contrat (Section III). D'aucuns justifient un tel rapprochement par le fait que ces mécanismes comporteraient de nombreux aspects communs ; tous les trois opèrent notamment un changement de l'une des parties à un rapport juridique. En outre, ce traitement conjoint permettrait d'harmoniser ces Principes avec les règles prévues dans le *Draft Common Frame of Reference*²⁹¹, document qui regroupe également les trois opérations²⁹². Le rassemblement de ces trois dispositifs dans une catégorie unique concernant « *le changement des parties* » est révélateur de la mise en avant de leur caractère modificatif. C'est précisément parce que la cession de créance réalise une modification de l'obligation sans le consentement du débiteur que se justifient les nombreuses dispositions protectrices de ce dernier²⁹³.

91. En ce qui concerne plus largement le droit international, trois principaux instruments traitent de la cession de créance : la Convention d'Ottawa sur l'affacturage international de 1988, la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international de 2004 et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international (dans leur version 2010). Parmi ces documents, les Principes d'UNIDROIT se montrent favorables, bien que de manière indirecte, à l'analyse de la cession en une modification du lien d'obligation. En effet, sans expressément affirmer que la cession opère une modification du rapport juridique, la lecture des notes rédigées par les commentateurs laisse entrevoir une prise en compte de la nature modificative de la cession de créance afin de justifier certaines solutions. À titre d'exemple, on peut citer le commentaire de l'article 9.1.3 relatif à la cessibilité de créances non monétaires aux termes duquel « *le seul fait que l'exécution soit désormais due à un autre créancier est à même de modifier les conditions dans lesquelles l'obligation doit être exécutée* »²⁹⁴.

92. La reconnaissance du changement de créancier opéré par la cession conforte la nécessité de l'analyser comme un acte modificatif de l'obligation. Cette reconnaissance est aussi importante car elle permet de mieux distinguer la cession de créance d'autres procédés qui pourraient *a priori* lui ressembler.

93. C'est parce la cession de créance opère un changement de créancier qu'elle doit notamment être distinguée de la simple indication par le créancier d'une personne qui doit recevoir le

²⁹¹ V. À propos de ces justifications : Droit privé et européen, Projet de Cadre commun de référence, *op. cit.* : Observations générales au Chapitre 11 (changement des parties), p. 757 et s.

²⁹² V. Book III, chapter 5.

²⁹³ De la lecture de ces principes communs il est possible d'observer la tendance à l'établissement d'un principe général de protection en faveur du débiteur cédé en raison de la modification de l'obligation qui s'opère sans son consentement. Nous reviendrons sur cet aspect : V. *infra* n° 388 et s.

²⁹⁴ V. *infra* n° 401 et s.

paiement²⁹⁵. Malgré le silence de nos législateurs à ce propos, contrairement à ce que l'on peut observer en matière de novation²⁹⁶, une telle conclusion s'impose. Si l'indication de paiement par le créancier n'affecte pas l'obligation car le créancier demeure le même, il n'en va pas de même, en revanche, de la cession de créance qui altère l'obligation parce que le créancier ne sera plus le même.

94. C'est également en raison de sa nature modificative que la cession de créance doit être distinguée de la délégation. Le risque de confusion entre ces deux opérations n'est pas moindre²⁹⁷ ; encouragé par le recours à l'expression « délégation de créance » alors qu'au sens strict du terme, ce n'est pas la créance qui est déléguée. Dans le procédé de la délégation, c'est une personne qui est déléguée par une autre pour s'obliger auprès d'une troisième personne qui l'accepte comme débiteur²⁹⁸. En conséquence, le trait caractéristique de la délégation -indépendamment de son caractère certain ou incertain²⁹⁹, simple ou novatoire³⁰⁰ - qui permet de la distinguer de la cession de créance est précisément le fait qu'elle crée, à la différence de cette dernière, une obligation nouvelle entre le délégué et le délégataire. Cela peut être constaté tant dans l'hypothèse d'une délégation sans rapport préexistant entre les parties³⁰¹, que dans celle où un tel rapport préexiste. Dans cette seconde hypothèse, on serait

²⁹⁵ C. FRANÇOIS, « Présentation des articles 1329 à 1335 de la nouvelle section 3 "La novation" », *La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1*, Source : <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre4/chap2/sect3-novation/> [consulté le 12/04/2017] ; M. JULIENNE, « Le transport des créances et des dettes par novation et délégation », art. préc., n° 2, p. 109-110 : « On relèvera, pour ne plus y revenir, le caractère réducteur de cette grille de lecture qui conduit le Code civil à négliger les mécanismes qui n'intègrent aucune de ces catégories (l'auteur se réfère aux catégories des opérations translatives et des opérations créatrices), telles que l'indication de paiement (Art. 1340), ou les opérations « attributives » qui permettent de relier cumulativement un débiteur, au titre d'une même dette, à son créancier initial et à un tiers bénéficiaire ».

²⁹⁶ En effet, le législateur français dispose expressément, parmi les dispositions consacrées à la novation et à la délégation, que la simple indication faite, par le créancier, d'une personne désignée pour recevoir le paiement pour lui n'emporte ni novation, ni délégation (voir en ce sens le nouvel art. 1340 du Code civil français). Quant au droit colombien, le législateur a disposé dans le même sens à l'article 1691 du Code civil.

²⁹⁷ L. AYNES, « L'actualité jurisprudentielle en matière de sûretés personnelles », *RLDC* fév. 2007, n° 35 : « La difficulté en ce qui concerne la délégation est peut-être simplement terminologique, mais elle est très révélatrice. Il est rare qu'en droit un flottement terminologique ne corresponde pas un flottement notionnel. Constamment, la Cour de cassation utilise l'expression « délégation de créance ». En disant « délégation de créance », on est très fortement attiré du côté de la cession de créance » ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op.cit., n° 1272, p.1320 : « A cet égard, la confusion est entretenue par le fait que la pratique et même la doctrine emploient couramment l'expression « délégation de créance », alors que c'est nécessairement une personne, et non une créance, qui est déléguée » ; M. JULIENNE, « Le transport des créances et des dettes par novation et délégation », art. préc., n° 12, p.115 : « Dans bien des cas, « le choix entre la qualification de délégation et celle de cession de créance acceptée par le cédé tend à devenir divinatoire ».

²⁹⁸ Voir en ce sens la définition du nouvel article 1336 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016.

²⁹⁹ Rappelons que la « délégation incertaine » est celle dans laquelle la dette du délégué envers le délégataire est calquée, soit sur celle du délégant envers le délégataire, soit sur celle dont il est débiteur à l'égard du délégant. En revanche, la « délégation certaine » est celle dans laquelle le délégué ne peut pas opposer les exceptions tirées du rapport fondamental : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 909, p. 775.

³⁰⁰ Dans le cas de la « délégation simple », il s'agit « d'offrir au délégataire un débiteur supplémentaire, sans toucher au rapport qui peut exister entre délégant et délégataire ». En revanche, dans la délégation novatoire, le rapport préexistant entre le délégant et le délégataire est éteinte : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 907, p. 774 .

³⁰¹ Avant la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, la doctrine française était divisée sur le point de savoir si une des conditions de validité de la délégation était l'existence d'un rapport fondamental ou non. En faveur de l'existence d'un rapport fondamental en tant que condition de la délégation : M. BILLIAU, *La délégation de créance, Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations*, Préf. J. Ghestin, LGDJ, 1989, n° 42, p. 53 : « Le rapport fondamental est l'un des éléments constitutifs de la délégation, il est situé à la fois dans les rapports délégant-délégué et délégant-délégué à l'exclusion des relations délégué-délégué ». La lecture des nouveaux articles 1336 à 1339 ne font aucune référence à un tel rapport : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 910, p. 776-777. Voir les critiques contre cette vision large de la délégation : M. JULIENNE, « Le transport des créances et des dettes par novation et délégation », art.

en présence de deux obligations différentes³⁰² ; tandis que dans la première hypothèse, on ne serait en présence que d'une seule obligation.

95. De même, l'analyse de la cession de créance en une modification subjective de l'obligation nous met en garde contre une conception extensive de la cession incluant certaines opérations comme le nantissement de créance, à l'instar de la conception adoptée par la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international de 2004. En disposant, à l'article 2, que la constitution d'une sûreté sur une créance est comprise dans le terme « cession »³⁰³, cet instrument méconnaît le caractère modificatif de la cession. Dans l'hypothèse de la constitution d'une sûreté sur une créance, il n'y a que constitution d'un droit réel accessoire sur cette créance. Le créancier nanti ne succéderait alors pas au créancier constituant. Pour cette raison, il n'est pas possible d'affirmer qu'il existe une quelconque modification dans le rapport d'obligation entre le créancier constituant et le débiteur de la créance nantie. Ce maintien du rapport de droit à l'identique a des conséquences sur le débiteur de la créance nantie : celui-ci pourra opposer toutes les exceptions, même celles qualifiées de personnelles, contre le créancier nanti. Par exemple, le débiteur de la créance nantie n'est pas exposé au risque de perdre la possibilité d'invoquer le bénéfice de la compensation, précisément parce qu'il reste tenu à l'égard de son créancier originaire, le constituant³⁰⁴.

préc., n° 7, p. 112 : « Concernant la délégation, la fonction de transport indirect est également prise en compte de manière imparfaite, et ce pour deux raisons. La première tient à ce que les textes n'exigent nullement l'existence d'un rapport préexistant entre les parties, semblant ainsi admettre une délégation « à découvert », dont on voit mal en quoi elle pourrait constituer une opération « sur obligation ». Cette vision large de la délégation lui confère une plasticité remarquable, mais elle contraint à penser et à réglementer de manière monolithique des réalités profondément différentes et que rien n'interdisait de distinguer » ; O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., art. 1336, p. 684-685 qui considèrent qu'il existe une certaine incohérence dans le fait de réglementer la délégation au sein des « opérations sur obligations » sans exiger l'existence de rapports fondamentaux : « Le texte ne tranche pas explicitement la question de savoir si la délégation suppose la préexistence de rapports fondamentaux entre délégué et déléguant, voire entre déléguant et délégataire. La laissant volontairement de côté, on peut dire qu'il accrédite plutôt la thèse selon laquelle il ne s'agit pas là d'une condition (...) On fera néanmoins observer que cette position ne concorde pas avec le choix de placer la délégation parmi les « opérations sur obligations », lequel postule au contraire l'existence de rapports fondamentaux ».

³⁰² G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 908, p. 774 : « Le délégué devient ainsi débiteur du délégataire en vertu d'une obligation nouvelle, distincte de celles qui pouvaient exister entre les parties ».

³⁰³ Comme cela est d'ailleurs reconnu de façon expresse dans les commentaires à la convention, la définition recouvrerait à la fois la création des sûretés sur des créances et le transfert d'un droit de propriété sur des créances à des fins ou non de garantie.

³⁰⁴ V. not. P. CROCCQ, « Une très importante consécration de la pleine efficacité du « nantissement » d'une créance née d'un contrat à exécution successive », *RTD civ.* 2010, p. 957 et s : « Dans le cas d'une cession à titre de garantie, le débiteur, s'il n'a pas accepté la cession, ne pourra plus opposer cette exception si les créances ne sont pas connexes et si les conditions de la compensation n'ont été réunies qu'après que la cession lui est devenue opposable, c'est-à-dire après la signification d'une cession de droit commun ou après la notification d'une cession Dailly (on laissera de côté ici les critiques que l'on peut adresser à la jurisprudence de la Cour de cassation qui se réfère à la date de la notification de la cession Dailly alors qu'elle devrait selon nous se référer à la date de la cession). Ceci est dû au fait que la cession met fin à la réciprocité des qualités de débiteur et de créancier qui est nécessaire pour que la compensation puisse se produire ; dans le cas d'un nantissement de créance, en revanche, le constituant de la sûreté étant demeuré propriétaire de la créance nantie, la constitution de cette sûreté ne porte pas atteinte à la réciprocité des créances susceptibles de se compenser, ce qui a pour conséquence que le débiteur pourra toujours opposer une exception de compensation au bénéficiaire du nantissement peu important ici que les conditions légales de la compensation soient réunies avant ou après que le nantissement lui a été notifié et peu important également que le débiteur de la créance nantie soit, ou non, intervenu à l'acte de nantissement » (nous soulignons).

96. Cette analyse de la cession en tant que mécanisme opérant un changement du sujet actif dans un rapport d'obligation déterminé peut cependant nous faire penser à la novation par changement de créancier. Celle-ci est consacrée expressément en droit français comme en droit colombien. En ce qui concerne le droit français, ce type spécial de novation était déjà reconnu sous l'empire des dispositions originaires du Code Napoléon et a été maintenu par les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016. L'ancien article 1271, alinéa 3 du Code civil disposait expressément que la novation pouvait s'opérer « *lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé* ». Depuis l'ordonnance du 10 février 2016, le nouvel article 1329, alinéa 2 du Code civil dispose que la novation « *peut avoir lieu par substitution d'obligation entre les mêmes parties par changement de débiteur ou par changement de créancier* ». On peut donc constater que malgré une rédaction quelque peu différente des dispositions mentionnées, tant les rédacteurs du Code Napoléon que ceux de l'ordonnance portant réforme du droit des obligations ont consacré le mécanisme de la novation par changement de créancier.

En ce qui concerne le droit colombien, le législateur reconnaît, à l'article 1690, alinéa 2 du Code civil, que la novation peut être réalisée « *lorsque le débiteur contracte une nouvelle obligation à l'égard d'un tiers et, en conséquence, est déclaré libre de son obligation primitive envers le premier créancier* ». Il est vrai que le législateur colombien ne se réfère expressément ni au « *changement de créancier* », à l'instar des nouvelles dispositions françaises après la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, ni au « *nouveau créancier* » conformément à l'ancien article 1271 du Code civil français, ce qui pourrait faire douter de la similitude entre les deux systèmes juridiques. Cependant, la référence du législateur colombien à l'engagement du débiteur à l'égard d'un « tiers » et au fait que le débiteur se trouvera déchargé envers le premier créancier permet d'aboutir à la même conclusion : le tiers auquel se réfère le législateur colombien est le nouveau créancier envers qui le débiteur sera tenu.

Rappelons par ailleurs que le législateur français³⁰⁵ et le législateur colombien³⁰⁶ reconnaissent d'autres deux types de novation à côté de celle qui aboutit à un changement de créancier : la novation par changement d'objet et la novation par changement de débiteur.

La novation par changement de créancier, en raison de sa consécration législative, n'est généralement remise en question ni par la doctrine française³⁰⁷ ni par la doctrine colombienne³⁰⁸.

³⁰⁵ En droit français : quant à l'ancienne législation, voir l'ancien article 1271 (1) et (2) ; quant à la nouvelle législation, voir le nouvel article 1329 issu de l'ordonnance du 10 février 2016.

³⁰⁶ Voir l'article 1690 (1) et (3) du Code civil.

³⁰⁷ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Régime général*, *op. cit.*, n° 529 et s., p. 220 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, n° 436 et s., p. 427 et s. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1417 et s., p. 1458 et s.

³⁰⁸ F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, *op. cit.*, n° 593, p. 708 et s. ; G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, *op. cit.*, n° 643 s., p. 403 et s.

Toutefois, plusieurs auteurs sont partisans de sa suppression, invoquant comme principal argument son inutilité étant donné, notamment, l'existence de la cession de créance³⁰⁹. En revanche, certains auteurs n'hésitent pas à défendre son maintien. Le fait qu'il s'agit d'un dispositif prévu dans d'autres systèmes juridiques est l'un des arguments invoqués en faveur du procédé. L'option la plus pertinente serait de laisser aux parties la possibilité de choisir l'opération qui répond le mieux à leurs besoins³¹⁰.

Cependant, si le changement de créancier peut être un trait caractéristique de la cession de créance comme de la novation, il importe de ne pas oublier que la cession de créance, à la différence de la novation par changement de créancier, présente l'avantage de permettre le maintien de l'obligation.

§2-Le maintien de l'obligation en dépit du changement de créancier

97. La novation par changement de créancier opère une modification du sujet actif dans le rapport d'obligation, mais elle va encore plus loin : elle entraîne la création d'une obligation nouvelle qui vient se substituer à l'obligation ancienne qu'elle éteint (A). C'est précisément parce que la cession de créance n'a pas de caractère substitutif qu'elle se distingue de la novation par changement de créancier (2).

³⁰⁹ En droit français : J. FRANÇOIS, *Les opérations juridiques triangulaires attributives (Stipulation pour autrui et délégation de créance)*, thèse Paris II, 1994, n° 97 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op. cit., n° 1181, p. 691 : « Depuis l'avènement du consensualisme, la novation oscille entre la simple modification et le mutus dissensus suivi d'une obligation nouvelle, au gré d'une hasardeuse recherche de l'intention des parties. Elle aurait pu disparaître ; certains droits étrangers, tel le droit allemand, l'ignorent : la novation par changement de créancier a laissé place à la cession de créance (...) » ; M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IX) », *LPA*, 26 avril 2016, n° 83, p. 6 et s., où l'auteur affirme que « Le maintien de la novation ne s'imposait nullement. La novation est une institution complexe et d'un maniement difficile. Ses trois applications sont concurrencées par des mécanismes modernes beaucoup plus pratiques ». Voir également en faveur de la remise en cause de la consécration de la novation en tant qu'institution autonome : O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., art. 1329, p. 669 : « De manière générale, l'ordonnance n'apporte que peu de changements à la matière de la novation. À vrai dire, c'était moins le régime de l'opération qui méritait d'être revu que son existence, en tant qu'institution autonome, qui aurait pu être remise en cause. La novation, inconnue d'un certain nombre de droits étrangers, est-elle autre chose qu'une banale convention de substitution de l'obligation, entièrement justiciable du droit commun des contrats ? » ; A. BENABENT, *Droit des obligations*, op. cit., n° 786, p. 608 : « Certains estiment à juste titre que ce mécanisme, ignoré de certains droits étrangers, est une source de difficultés sans avantage réel ». En droit colombien : La jurisprudence colombienne du XIX^e siècle se prononçait déjà en ce sens : Corte suprema de justicia, Sala de casación civil, 31 mayo 1940, *GJ L*, p. 496-502, M. R.: Liborio Escallón. En ce qui concerne la doctrine voir not. F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, op. cit., n° 592, p. 707 ; G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, op. cit., n° 651, p. 406-407.

³¹⁰ M. JULIENNE, « Le transport des créances et des dettes par novation et délégation », art. préc., n° 3, p. 110 : « C'est qu'en effet, l'apparition d'une institution nouvelle n'implique nullement l'effacement de celle dont elle constitue le perfectionnement, et rien n'aurait justifié que la pratique se trouve subitement privée des outils qui lui sont familiers (...). De même, l'importance pratique de la novation par changement de créancier en droit anglais pourrait suffire à justifier son maintien dans notre corpus législatif ».

A- La substitution de l'obligation dans la novation par changement de créancier

98. Le caractère substitutif de la novation en général, et de la novation par changement de créancier en particulier, est reconnu en droit français comme en droit colombien. Il repose sur la corrélation entre une extinction et une création d'obligation³¹¹ (1). C'est précisément en raison de cette particularité que le consentement du débiteur et la volonté de nover sont des conditions nécessaires pour sa mise en œuvre (2).

1- La corrélation entre une extinction et une création d'obligation

99. La nature substitutive de la novation en raison de la combinaison de l'effet extinctif et de l'effet créateur qui la caractérise est admise en droit français et en droit colombien. Pour ce qui est du droit français, l'absence de définition de la novation mettant en évidence sa nature substitutive, dans les dispositions originaires du Code Napoléon, pourrait faire douter du bien fondé de ce postulat. Rappelons que ses rédacteurs s'étaient contentés de distinguer, à l'ancien article 1271, les trois types de novation. Il en va de même du traitement de la novation dans un chapitre consacré à l'extinction des obligations, à côté du paiement ou de la remise de dette par exemple. Cependant, la doctrine majoritaire n'a pas remis en cause le caractère substitutif de la novation, tant objective que subjective, dans ces deux modalités³¹². D'ailleurs, la nature substitutive de la novation explique, d'une certaine façon, son analyse en une opération extinctive : la création de l'obligation nouvelle emporte l'extinction de l'obligation ancienne³¹³. Autrement dit, le caractère extinctif est de l'essence même de la substitution. Depuis la récente réforme du droit des obligations, la nature substitutive de la novation en général, et de la novation par changement de créancier en particulier, est désormais reconnue expressément. En effet, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont consacré un nouvel article 1329 du Code civil aux termes duquel « *la novation est un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée. Elle peut avoir lieu par substitution d'obligation entre les*

³¹¹ L'expression est empruntée à M. LATINA et G. CHANTEPIE, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique*, op. cit., n° 893, p. 761.

³¹² G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XIV, *Des obligations*, t. III, 3^e éd., Larose & Tenin, 1908, n° 1689, p. 1 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, *Les biens, Les obligations*, op.cit., n° 1264, p. 2501 ; A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties, Etude de droit civil français*, op. cit., n° 28, p. 15 ; A. BENABENT, *Droit des obligations*, op. cit., n° 786, p. 608 ; F.TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1417, p. 1458 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op. cit., n 1181, p. 691 ; J. FRANÇOIS, *Traité de Droit civil, Les obligations*, t.IV, *Régime général*, 4^e éd., op. cit., n° 137, p.123 ; Ph. DUPICHOT, « Pour une classification fonctionnelle des opérations sur créances dans le nouvel régime général des obligations », *Dr. et pat.*, 1^{er} avril 2015, n° 246. Voir également les auteurs qui affirment que l'extinction de l'obligation ancienne et la constitution de l'obligation nouvelle se servent mutuellement de cause : J.-L. AUBERT, *Rép. civ.* (maj. sept. 2011 par Ch. Goldie-Génicon), V° « Novation », n° 52.

³¹³ Voir en ce sens les auteurs qui précisent que l'obligation nouvelle n'est pas indépendante de la première obligation car « *elle n'a été créée que parce que la première a été éteinte, voire pour que la première soit éteinte* » : M. LATINA et G. CHANTEPIE, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 898, p. 766.

mêmes parties, par changement de débiteur ou par changement de créancier ». La doctrine majoritaire salue une telle disposition³¹⁴.

En droit colombien, la novation est traitée dans un chapitre relatif aux mécanismes extinctifs de l'obligation, à l'instar du droit français avant la récente réforme du droit des obligations. Cependant, les rédacteurs du Code civil colombien ont pris soin de donner une définition de la novation tout en mettant l'accent sur son caractère modificatif. En effet, l'article 1687 du Code civil dispose que « *La novation est la substitution d'une nouvelle obligation à une autre ancienne laquelle est, par conséquent, éteinte* ». C'est donc grâce à cette définition que la doctrine colombienne a trouvé un terrain fertile à l'analyse de la novation en une opération substitutive, malgré la place qui lui a été accordée, par le législateur, parmi les dispositifs extinctifs de l'obligation³¹⁵.

100. La novation suppose l'extinction d'une obligation ancienne pour permettre la création d'une nouvelle³¹⁶. Ainsi, par exemple, la novation par changement de créancier comporte, à l'instar de tous les types de novation, l'extinction des accessoires de la créance. Cette solution est admise en droit français comme en droit colombien. Pour ce qui est du droit français, même si les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas consacré de règle spécifique à ce sujet en matière de novation par changement de créancier, la doctrine majoritaire ne remet pas en question cette solution, laquelle avait par ailleurs été consacrée expressément à propos des autres types de novation³¹⁷. En tout état de cause, il s'agit de la règle consacrée expressément par les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 dans un nouvel article 1334, alinéa 1^{er} selon lequel « *L'extinction de l'obligation ancienne s'étend à tous ses accessoires* ». Quant au droit colombien, l'article 1701 du Code civil consacre une règle générale concernant l'effet de la novation sur les garanties. D'après cette disposition, « *Même si la novation s'opère sans la substitution d'un nouveau débiteur, les gages et les hypothèques de l'obligation ancienne ne passent pas à l'obligation nouvelle, à moins que le créancier et le débiteur ne les aient expressément réservées* ». La doctrine majoritaire colombienne est ainsi

³¹⁴ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 893, p. 761 : « *S'il y a une création en matière de novation, elle se situe dans la place qui lui est accordée. Auparavant, la novation était considérée comme un mode d'extinction de l'obligation. Cette conception ne rendait pas justice à la novation dont la spécificité ne se situe pas tant dans l'extinction d'une obligation, que dans la corrélation entre une extinction et une création d'obligation. En somme, l'effet de la novation est « substitutif* » ; H. SYNVEY, « Opérations sur créance », art. préc., p. 72.

³¹⁵ A. PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, vol. 3, part. II, *Clasificación, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones, op. cit.*, n° 579, p. 403; A. ORTIZ MONSALVE, *Manual de obligaciones*, 5^e éd., Temis, 2010, p. 129-130; M. CASTRO DE CIFUENTES et D.-O. ROMERO CRUZ, «La novación», *Derecho de las obligaciones*, t. II, vol.2, M. Castro De Cifuentes (dir.), Ediciones Uniandes, Editorial Temis, 2010, n° 1, p. 279-280.

³¹⁶ M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IX) », *LPA*, 26 avril 2016, art. préc., spéc. art. 1329 qui souligne que même si la rédaction du nouvel article 1329 suppose que l'extinction permet la création, il est possible de considérer également que la création entraîne l'extinction. D'ailleurs, le législateur colombien privilégie cette seconde approche (voir l'article 1687 du Code civil).

³¹⁷ Voir l'ancien article 1278 du Code civil à propos de l'extinction des accessoires de la créance en cas de novation par changement d'objet entre les mêmes parties. Quant à la même solution dans le domaine de la novation par changement de débiteur, voir l'ancien article 1279 du Code civil.

unanime quant à l'extinction des accessoires de la créance par le fait de la novation par changement de créancier³¹⁸.

C'est encore en raison du caractère extinctif de la novation par changement de créancier, même s'il n'existe aucune disposition légale expresse en ce sens, que le débiteur perd la possibilité d'opposer au nouveau créancier les exceptions qu'il aurait pu objecter au créancier de l'obligation ancienne ; cela indépendamment du caractère réel ou personnel de l'exception³¹⁹.

De même, le caractère extinctif de la novation par changement de créancier explique le fait qu'un nouveau délai de prescription commence à courir.

La novation implique une extinction et une création, toutefois, même si l'obligation créée est nouvelle, celle-ci n'est pas totalement indépendante de l'obligation première³²⁰. C'est pour cette raison, par exemple, que la novation ne peut avoir lieu que si l'obligation ancienne est valable ainsi que le prévoit l'article 1689 du Code civil colombien³²¹. Bien que les rédacteurs du Code Napoléon aient gardé silence à ce propos, il s'agit aussi de la solution qui avait été admise par la jurisprudence³²² et qui est dorénavant expressément actée dans le nouvel article 1331 du Code civil français.

101. Les principaux effets de la novation par changement de créancier s'expliquent par la nature substitutive du mécanisme, autrement dit par sa double nature, tant extinctive que créatrice. Mais ces effets ne sont pas la seule manifestation de la particularité de la novation par changement de créancier. La nécessité du consentement du débiteur et la volonté de nover le sont également.

³¹⁸ G. OSPINA FERNANDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, *op.cit.*, n° 663, p. 414. Voir dans le même sens: Superintendencia Financiera de Colombia, Concepto n° 96044376-3 de 4 septembre 1997. Voir en droit français : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 900, p. 768 qui précise que même si le débiteur ne peut opposer les exceptions susceptibles de paralyser l'obligation ancienne, en raison de son extinction par l'obligation nouvelle, il faut bien réserver l'hypothèse des exceptions tendant à critiquer sa validité.

³¹⁹C. FRANÇOIS, « Présentation des articles 1329 à 1335 de la nouvelle section 3 "La novation" », *La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1*, Source : <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre4/chap2/sect3-novation/> [consulté le 12/04/2017]. Certains auteurs justifient le silence du législateur à ce propos par le caractère évident de la règle : M. LATINA et G. CHANTEPIE, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 900, p. 768 : « Le principe de l'inopposabilité des exceptions n'est toutefois pas rappelé dans la section consacrée à la novation, tant il semble aller de soi ».

³²⁰ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n°898, p.766

³²¹ L'article 1689 du Code civil colombien dispose que « Pour que la novation soit valable il est nécessaire que tant l'obligation ancienne que le contrat de novation soient valables, au moins naturellement ».

³²² Cass. civ. 1^e, 7 nov. 1995, n° 92-16695, *Bull. civ.* I, n° 387.

2- La nécessité du consentement du débiteur et de la volonté de nover

102. Il est unanimement admis, en droit français et en droit colombien, que le consentement du débiteur et la volonté de nover sont des conditions nécessaires à la réalisation de la novation par changement de créancier.

Pour ce qui est du droit français, ces conditions étaient déjà reconnues sous l'empire de la législation ancienne et ont été confortées par l'ordonnance du 10 février 2016. Quant aux dispositions originaires du Code Napoléon, aucune ne mentionnait la nécessité du consentement du débiteur, ce qui n'a pas empêché la doctrine majoritaire d'appuyer cette exigence. Le caractère nouveau de l'obligation contractée par le débiteur explique cette solution³²³. Aujourd'hui, le nouvel article 1333, alinéa 1^{er} issu de l'ordonnance du 10 février 2016 se prononce expressément dans ce sens mettant fin à tout doute sur la question. Quant à l'« intention de nover », elle était consacrée à l'ancien article 1273 du Code civil selon lequel « *La novation ne se présume pas ; la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte* ». La jurisprudence a interprété cette disposition en considérant que seul le caractère « certain » de l'intention de nover était nécessaire, sans qu'elle fût expresse ou exprimée en des termes formels³²⁴. Etant donné que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont repris au nouvel article 1330 la formule de l'ancien article 1273 du Code civil, la même jurisprudence devrait être maintenue³²⁵.

En droit colombien, l'article 1690, alinéa 2 du Code civil consacre la nécessité d'un consentement du débiteur pour que la novation par changement de créancier puisse avoir lieu. En effet, selon les termes de cette disposition, le débiteur doit « contracter » une nouvelle obligation envers le tiers et, en même temps, le créancier initial doit le déclarer libre. Cette exigence de « contracter » une nouvelle obligation permet de conclure à une exigence de consentement de la part du débiteur. Pour ce qui est de l'intention de nover, l'article 1963 du Code civil colombien reconnaît que celle-ci peut être expresse ou implicite, pourvu qu'elle soit certaine. C'est ce qu'il convient d'entendre de la formule employée par le législateur selon laquelle « *pour qu'il y ait novation, il est nécessaire qu'une déclaration en ce sens soit faite par les parties, ou qu'il apparaisse indubitablement que leur intention a été de nover* »³²⁶. Le fait que le législateur reconnaisse que l'intention de nover peut « apparaître » de l'acte témoigne en faveur du caractère potentiellement implicite de ladite intention.

³²³ Voir en ce sens : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 897, p. 765 qui considèrent que la disposition prévue au nouvel article 1333 consacrant précisément la nécessité du consentement du débiteur pour la novation par changement de créancier va de soi, « *puisque le débiteur contracte une obligation entièrement nouvelle* ».

³²⁴ Cass. civ. 3^e, 15 janv. 1975, n° 73-13331, *Bull. civ.* III, n° 16 ; Cass. soc. 25 mai 2011, n° 10-18994, *Bull. civ.* V, n° 128.

³²⁵ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 899, p. 76 ; M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IX) », *LPA*, 26 avril 2016, art. préc., spéc. art. 1330.

³²⁶ Nous soulignons.

C'est parce que cette exigence d'une intention de nover est indispensable que la simple « acceptation » du débiteur, par exemple dans le cadre d'une cession de créance, ne peut être invoquée pour affirmer la présence d'une novation par changement de créancier.

Pour la même raison, même si le consentement du débiteur d'une créance cédée est requis dans l'hypothèse de la stipulation d'une clause d'incessibilité conformément au nouvel article 1321, alinéa 4 du Code civil français, on ne peut pas conclure, par cette seule circonstance, à la présence d'une novation. Cette disposition devrait être comprise comme ne requérant le consentement du débiteur que pour lever l'obstacle à la cession³²⁷.

103. Mais si le consentement du débiteur est toujours nécessaire pour que la novation par changement de créancier ait lieu, la question reste de déterminer si un tel consentement doit être concomitant à la réalisation de la novation ou s'il peut être donné par anticipation. La question du consentement anticipé se pose parce que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 viennent de consacrer, dans un nouvel article 1333, alinéa 1^{er} du Code civil que « *Celui-ci (le débiteur) peut, par avance, accepter que le nouveau créancier soit désigné par le premier* ». Il s'agit d'une disposition inspirée de l'avant-projet Catala³²⁸. Certains auteurs y voient la reconnaissance d'une « *promesse de novation globale et dans le détail une promesse de contrat extinctif et de contrat créateur* »³²⁹.

Il est vrai que la reconnaissance de ce type de « novation par anticipation » est louable en ce sens qu'elle peut faire de la novation par changement de créancier « *un instrument efficace de gestion des créances* »³³⁰. Certains auteurs conviennent même que cette « novation par anticipation » pourrait venir concurrencer la cession de créance³³¹. Cependant, elle soulève des interrogations quant à son régime, auxquelles le législateur français n'a pas donné de réponse. Par exemple, on peut se demander si, dans une telle hypothèse, le débiteur doit être notifié de la novation par changement de créancier, à l'instar de ce qui est prévu au nouvel article 1324 en matière de cession de créance. Nous le pensons. Si on veut que la « novation par anticipation » soit efficace à l'égard du débiteur, une telle novation doit lui

³²⁷ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op.cit.*, art. 1321, p. 640.

³²⁸ En effet, selon les termes de l'article 1270 de l'avant-projet Catala, « *La novation par la substitution d'un nouveau créancier peut avoir lieu si le débiteur a, par avance, accepté que le nouveau créancier soit désigné par le premier* ».

³²⁹ M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IX) », *LPA*, 26 avril 2016, art. préc., spéc. art. 1333.

³³⁰ H. SYNVEIT, « Opérations sur créance », art. préc., p. 72. Ph. DUPICHOT, « Pour une classification fonctionnelle des opérations sur créances dans le nouveau régime général des obligations », art. préc., n° 246 où l'auteur signale, en faisant référence à la novation par anticipation consacrée déjà dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations en date du 25 février 2015, que « *cette souplesse est bienvenue et gage d'efficacité : il serait alors possible aux professionnels d'utiliser la novation comme vecteur d'opérations de refinancement, en obtenant le consentement de l'emprunteur à une future novation (ainsi qu'à la réserve des sûretés réelles) de la convention de crédit initiale* ».

³³¹ Ch. GIJSBERS, « Les opérations translatives », *Dr. et pat.*, mai 2016, n° 258, p. 78, note 12 où l'auteur souligne que la reconnaissance de la novation par anticipation pourrait en effet venir concurrencer la cession de créance.

être notifiée³³². C'est parce que la novation anticipée risque de poser différentes questions d'ordre pratique qu'il ne paraît pas souhaitable d'admettre, d'une manière générale et en l'absence de disposition expresse, qu'elle puisse être reconnue.

104. Ainsi, on peut constater que le consentement du débiteur et l'intention de nover sont deux éléments nécessaires de la novation par changement de créancier, tant en droit français qu'en droit colombien. Cela n'est pas remis en cause par la récente reconnaissance, dans le nouvel article 1333, alinéa 1^{er} du Code civil français, de la possibilité pour le débiteur d'accepter, par avance, que le nouveau créancier soit désigné par le premier. Même dans une telle hypothèse, ces deux éléments doivent être constatés.

105. La nature substitutive de la novation par changement de créancier ne fait pas de doute ni en droit français ni en droit colombien ; soit que les auteurs affirment que l'extinction de l'obligation ancienne permet la création de l'obligation nouvelle, soit qu'ils considèrent que c'est la création de l'obligation nouvelle qui entraîne l'extinction. En revanche, la cession de créance n'est pas à l'origine d'une substitution de l'obligation.

B- La non substitution de l'obligation dans la cession de créance

106. La cession de créance, à la différence de la novation par changement de créancier, n'est pas un contrat ayant pour objet la création d'une obligation nouvelle afin d'éteindre une obligation ancienne. La cession de créance a pour objet de transmettre une créance du patrimoine du cédant dans celui du cessionnaire. Si ce transfert de créance entraîne une modification du rapport d'obligation -le sujet actif de celle-ci n'étant plus le même-, il n'opère cependant pas une extinction dudit rapport. Le nouveau créancier viendra prendre la place de l'ancien créancier au sein du rapport d'obligation initial qui est maintenu. Ce maintien de l'obligation explique, entre autres, la préservation des accessoires de la créance³³³, notamment le titre exécutoire³³⁴, la règle de l'opposabilité des exceptions en faveur du débiteur de la créance cédée³³⁵ et un délai de prescription qui continue à courir³³⁶. L'obligation, lien juridique, peut donc subir des modifications, notamment celle du sujet actif, sans s'éteindre. La cession

³³² M. JULIENNE, « Le transport des créances et des dettes par novation et délégation », art. préc., n° 11, p. 115 où l'auteur souligne que, étant donné que le régime de l'opposabilité de la novation par changement de créancier vis-à-vis de tiers a été aligné sur celui de la cession de créances-la novation est opposable à la date de l'acte-, on pourrait conclure à la nécessité de la notification du débiteur en cas de novation anticipée par changement de créancier.

³³³ V. *infra* n° 678 et s.

³³⁴ M. JULIENNE, « Le transport des créances et des dettes par novation et délégation », *ibidem.*, n° 26, p. 123.

³³⁵ V. *infra* n° 500 et s.

³³⁶ Nous verrons pourtant que si le cessionnaire est un mineur, le délai de prescription est suspendu en sa faveur : V. *infra* n° 490.

de créance en témoignage : en dépit du changement de créancier, la cause de l'obligation reste la même (1). C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le consentement du débiteur de la créance cédée n'est pas, en principe, nécessaire pour la réalisation de la cession (2).

1- *La survie de la cause, fondement du maintien de l'obligation*

107. La doctrine majoritaire affirme, en France comme en Colombie, que la cession de créance telle qu'elle est conçue par nos législateurs civils est possible parce que la créance est un bien pour le créancier et, par conséquent, celui-ci en aurait la libre disposition³³⁷. Mais à y regarder de près, une telle explication ne répond pas exactement à la question de savoir pourquoi l'obligation peut survivre au changement de créancier. Même s'il s'agit de la position de la doctrine majoritaire, il est intéressant de souligner que certains auteurs, en droit français, ont remis en cause cette vision classique. Pour eux, la survie de l'obligation s'explique par le fait que, malgré le changement de créancier, la cession de créance ne modifie pas la cause de l'obligation³³⁸. Mais que doit-on entendre par le terme « cause » ? Selon E. Fraud³³⁹, un des principaux partisans de cette position, la cause de l'obligation doit être comprise comme le but pour lequel un individu s'oblige. Il s'agit donc de la cause finale de l'obligation. Plus précisément, s'agissant d'une obligation contractuelle, la cause serait la contrepartie. En matière d'obligation extracontractuelle, en revanche, la cause serait, d'une manière générale, le rétablissement du *statu quo ante*³⁴⁰.

C'est cette seconde analyse, selon laquelle la cession de créance est possible parce que la cause de l'obligation se maintient, qui emporte notre conviction ; bien que nous ne refusions pas le

³³⁷ En droit français : A. BENABENT, *Droit des obligations*, op. cit., n° 693, p. 537 ; A. SERIAUX, *Droit des obligations*, op. cit., n° 168 : « Tout lien d'obligation se caractérise, nous le savons, par le fait qu'une personne, le créancier, est en droit d'exiger d'une autre personne, le débiteur, l'accomplissement de ce qui lui est dû par cette dernière. Or, ce pouvoir d'exiger qui appartient au créancier peut être transmis à d'autres. Cette transmission est possible parce que le titre que possède le créancier fait déjà partie de son patrimoine ». En droit colombien : H.-D. VELÁSQUEZ GÓMEZ, *Estudio sobre obligaciones*, op. cit., n° 534, p. 1019 ; A. ORTIZ MONSALVE, *Manual de obligaciones*, op. cit., p. 119 ; A. TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones, El acto o negocio jurídico y otras fuentes de obligaciones*, op. cit., n° 290, p. 494 ; F.-A. CASTILLO, « La cesión del crédito », art. préc., p. 415.

³³⁸ E. FRAUD, « La notion de transfert de créance », *RRJ* 1998, vol. 3, p. 817 et s., spéc. n° 44. Rappr. L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, op. cit., n° 19, p. 31 ; A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties, Etude de droit civil français*, op. cit., n° 20, p. 7. Voir dans le même sens J. FRANÇOIS, « Les opérations sur la dette », art. préc., spéc., n° 3 qui souligne qu'à la différence de ce qui se passe en matière de cession de créance, la cession de dette n'est pas neutre au regard de la cause. En effet, le débiteur originaire se sera engagé en raison d'un but économique qui fait partie intégrante de son obligation, alors que l'obligation du tiers qui accepte de payer sa dette sera déterminée par une cause différente ».

³³⁹ E. FRAUD, « La notion de transfert de créance », *ibidem*, spéc. n° 22 et s., p. 827 et s.

³⁴⁰ Il ne s'agit donc pas de tenir compte des motifs ou des mobiles de chacune des parties. Ceux-ci pourraient varier d'un contractant à un autre et il faudrait, afin de les établir, considérer les motivations propres à chacune des parties. Ainsi, les motifs déterminants ne seraient que ceux qui sont rentrés dans le champ contractuel. On peut donc conclure que, dans le cas d'une obligation contractuelle, la cause finale réside dans l'équivalent voulu ou reçu. Il faudrait encore distinguer entre l'obligation contractuelle et extracontractuelle. Si dans la première hypothèse, la cause finale correspond au but pour lequel un individu s'oblige, en matière extracontractuelle il faut distinguer entre l'obligation délictuelle et celle quasi-contractuelle. Dans le cas de l'obligation délictuelle, la cause correspond au dommage subi. Dans le cas de l'obligation quasi-contractuelle, en revanche, la cause correspond à la perte subie. Mais d'une manière générale, il est possible d'affirmer que, dans l'hypothèse d'une obligation extracontractuelle, la cause correspond au rétablissement du *statu quo ante*.

caractère de bien à la créance. Nous avons insisté sur le fait que c'est la créance et non l'obligation qui devait être appréhendée comme un bien³⁴¹.

108. Ainsi, si le maintien de la cause est le critère fondamental permettant au créancier de se faire remplacer dans l'obligation préexistante, il convient de reconnaître que c'est la cause, et non la personne du créancier, qui est l'élément essentiel de l'obligation³⁴². En d'autres termes, si le législateur a consacré la faculté pour le créancier de se faire remplacer sans le consentement du débiteur, dans le rapport d'obligation, c'est parce qu'il reconnaît que, en principe, la personnalité du créancier importe peu au regard de la cause de l'obligation du débiteur. Autrement dit, la règle est que la personnalité du créancier reste sans incidence sur l'évaluation monétaire, la *quantitas* de la prestation due par le débiteur, sauf dans les cas d'obligations caractérisées par l'*intuitu personae*. Ainsi, le changement de créancier ne devrait altérer le poids de la dette du débiteur³⁴³, c'est pourquoi le fait qu'un créancier puisse être plus bienveillant qu'un autre ne s'avère pas être une raison suffisante pour interdire la cession, ni pour faire du consentement du débiteur une condition nécessaire pour sa réalisation³⁴⁴. Le principe serait donc celui d'une sorte de fongibilité du créancier.

109. Il est vrai que le recours à la notion de fongibilité pour justifier le principe de la libre cessibilité des créances peut paraître original. Le critère de la fongibilité semble, en effet, être réservé au domaine des choses. Il est révélateur à ce propos que le *Vocabulaire juridique* indique dans sa définition du terme « *fongible* » qu'il s'agit d'une expression s'employant en droit pour désigner, dans la classification des biens, une chose de genre par opposition à un corps certain, et plus précisément une chose qui appartenant au même genre qu'une autre peut être considérée comme équivalente³⁴⁵. Par ailleurs, les « *choses fongibles* » sont définies comme celles qui « *n'étant pas déterminées que par leur nombre, leurs poids ou leur mesure, peuvent être employées indifféremment l'une pour l'autre dans un paiement, les autres choses sont dites non fongibles* »³⁴⁶. Le Dictionnaire de l'Académie Royale Espagnole définit quant à lui le vocable « *fongible* » comme « *ce qui se consomme avec l'usage* » et renvoie également à la notion de *biens fongibles*, définis comme les « *meubles dont il n'est pas possible faire un usage sans les consommer et pour lesquels il est possible de les remplacer par d'autres de la même qualité* ».

³⁴¹ On aura l'opportunité d'approfondir cet aspect au moment d'envisager la cession de créance en tant que transfert conventionnel et polyvalent d'un bien incorporel : V. Titre II, partie I.

³⁴² A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties, Etude de droit civil français, op. cit.*, n° 20, p. 7.

³⁴³ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation, op. cit.*, n° 354, p. 349-350.

³⁴⁴ V. Cependant : J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, *Les biens, Les obligations, op. cit.*, n° 1234, p. 2458 : l'auteur soutient que cette affirmation concernant l'indifférence du créancier pour le débiteur doit être nuancée car il y a tout de même une différence pour le débiteur entre avoir un créancier qui prêche la morale de l'infinie patience ou un créancier plus imprégné de la morale des affaires qui réclame l'exécution ponctuelle de l'obligation.

³⁴⁵ G. CORNU, *Vocabulaire Juridique de l'Association Henri Capitant, op. cit.*, v° « Fongible ».

³⁴⁶ *Ibidem*, v° « Chose fongible ».

Quant à la doctrine majoritaire, elle se réfère à la définition des biens fongibles dans les termes suivants : « *Les biens fongibles sont les biens interchangeables, ceux qui peuvent se remplacer indifféremment les uns les autres, faire fonction les uns des autres, dans les paiements et les restitutions* »³⁴⁷.

Le fait que la notion de « *fongibilité* » soit classiquement employée pour désigner une catégorie spécifique de choses peut s'expliquer par la confusion généralement opérée entre la « *fongibilité* » et la « *consomptibilité* ». La définition donnée par le *Dictionnaire de l'Académie Royale Espagnole* en témoigne. Cette confusion s'observe aussi dans le Code civil français³⁴⁸ et dans le Code civil colombien³⁴⁹ où les critères de « *fongibilité* » et de « *consomptibilité* » sont liés. Cependant, la « *fongibilité* » et la « *consomptibilité* » sont bien deux notions distinctes. La notion de fongibilité se rapproche de celle d'« *interchangeabilité* » ; non de celle de « *consomptibilité* ». Cette dernière demeurant une qualité de la chose considérée en elle-même³⁵⁰.

Comme certains auteurs l'ont bien remarqué, on pourrait étendre la notion de fongibilité aux personnes sans que cela implique de considérer qu'il s'agit d'une fongibilité absolue³⁵¹. En effet, il ne serait pas possible d'affirmer que les personnes soient totalement remplaçables.

Il est intéressant de noter que cette position reconnaissant la possibilité d'étendre la notion de fongibilité aux personnes a connu un certain essor afin de justifier notamment la cession des contrats, y compris ceux marqués par *l'intuitu personae*. En effet, certains auteurs ont mis en évidence le besoin de donner un caractère objectif à *l'intuitu personae* ; autrement dit, il s'agirait de considérer non pas un individu en lui-même mais plutôt la somme des qualités de cet individu³⁵². Cette considération de la personne du contractant non pas dans son individualité mais comme étant une somme de qualités afin de permettre la cession du contrat, se justifie de notre point de vue à plus forte raison dans le cas de la cession de créance. Dans la première hypothèse la doctrine majoritaire admet qu'il y aurait non seulement un transfert de la créance mais également un transfert de dette, alors que

³⁴⁷ A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties, Etude de droit civil français, op. cit.*, n° 39, p. 20; A. LAUDE, « La fongibilité: diversité des critères et unité d'effets », *RTD com.* 1995, n° 12, p. 307 et s ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, *Les biens*, 2^e éd., par M. Picard, Paris, 1952, LGDJ, n° 58, p. 63.

³⁴⁸ V. art. 587 du Code civil français.

³⁴⁹ V. art. 663 du Code civil colombien.

³⁵⁰ A. LAUDE, « La fongibilité : diversité des critères et unité d'effets », *art. préc.*, n° 7 ; F. LEDUC, « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité », *RTD civ.* 1995, p. 305 et s ; F. ZENATI-CASTAING, « Choses fongibles », *RTD civ.* 1998, p. 137 et s.

³⁵¹ L. ANDREU, *Du changement de débiteur, op. cit.*, n° 68, p. 93 ; R. De LA GRASSERIE, « De la fongibilité juridique », *RGD* 1911, p. 133 et s., spéc., p. 139. *Contra* A. LAUDE, « La fongibilité : diversité des critères et unité d'effets », *art. préc.*, n° 4, p. 308-309 : « *Par ailleurs, même si l'on envisage l'hypothèse de la cession de contrat où la substitution d'une personne à une autre atteint pourtant un degré d'intensité supplémentaire, il nous semble encore difficile de parler de fongibilité du contractant. Certes, lorsqu'il y a cession de la position contractuelle, un cocontractant vient prendre la place d'un autre. Néanmoins, la substitution du cessionnaire ne lui permet pas de satisfaire ou d'assurer exactement la même fonction « libératoire » que le cédant dans la mesure où la cession ne produit effet que pour l'avenir. Le cessionnaire continue la personne du cédant, il ne la remplace pas vraiment (...) Au total, seules les choses sont donc fongibles* ».

³⁵² D. KRAJESKI, « L'intuitus personae et la cession du contrat » *D.* 2001, p. 1345.

dans la cession de créance, par principe, il est moins grave pour le débiteur de se voir imposer un autre créancier que pour celui-ci de se voir imposer un nouveau débiteur.

Ainsi, même si la plupart des auteurs ne se réfèrent pas expressément à la « fongibilité des personnes » afin d'expliquer le mécanisme de la cession de créance, cette idée est sous-jacente à leurs affirmations concernant le principe de l'indifférence de la personne du créancier pour le débiteur. On soutient qu'il est possible de considérer cette fongibilité du créancier, surtout dans le cas où la dette à la charge du débiteur consiste dans le paiement d'une somme d'argent ; cas dans lequel la considération de la personne du créancier a, semble-t-il, moins d'importance.

Au soutien de l'extension du critère de fongibilité au domaine des personnes, le droit colombien peut nous fournir d'importants arguments. En effet, il est à noter que celui-ci consacre le mécanisme de la cession de contrat dans le domaine du droit commercial. D'après l'article 887 du Code de commerce colombien, « *Dans les contrats commerciaux à exécution périodique ou successive chacune des parties pourra se faire substituer par un tiers, soit dans la totalité ou en partie des relations dérivées du contrat, sans besoin de l'acceptation expresse du contractant cédé, sauf dans les cas où par la loi ou par une stipulation expresse des parties, une telle substitution aura été limitée ou interdite par les parties* ». Sans vouloir analyser la portée exacte de cette disposition, on peut relever que le droit colombien reconnaît le principe selon lequel les parties à un contrat peuvent être considérées comme interchangeable, étant donné que le consentement du cocontractant cédé n'est pas requis ni pour la validité ni pour l'efficacité de la cession³⁵³. Ainsi, le législateur colombien accueille favorablement la position de certains auteurs français qui considèrent que le plus important est la prise en compte des qualités des contractants et non spécifiquement l'individualité de chacun d'eux.

110. Les analyses précédentes nous ont permis d'établir que, contrairement à ce qui est souvent affirmé, la possibilité pour le créancier de réaliser une cession de créance ne s'explique nullement par le caractère de « bien » de la créance. Cela ne veut évidemment pas dire que l'appréhension de la créance en tant que « bien » importe peu dans le cas d'une cession de créance. C'est effectivement parce que la créance est un « bien » que le législateur a intérêt à encourager la cession afin de favoriser la circulation de la richesse³⁵⁴. Cependant, si une cession de créance est

³⁵³ À la différence de ce qui est prévu au nouvel article 1216 du Code civil français issu de la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016. Selon cette disposition, « *Un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé* ». Voir à propos de la portée de l'exigence de l'accord du cédé : O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., art. 1216, p. 463 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 599, p. 515 ; B. MALLET-BRICOUT, « La cession de contrat de droit commun-approche comparative », in *La transmission de l'obligation*, R. Ibarra Garza et Ch. Larroumet (dir.), Editions Panthéon-Assas, colloques, 2017, n° 8, p. 32.

³⁵⁴ Voir en ce sens : F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, op. cit., n° 315, p. 420.

possible, la véritable raison réside dans le fait que, malgré le changement de créancier opéré par la cession, l'obligation peut survivre en raison du maintien de sa cause. On voit donc bien la distinction entre l'intérêt de permettre la cession et la justification de sa réalisation.

111. Est-ce à dire que cette analyse devrait être remise en question en raison de la suppression du terme « cause » par les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ? Nous ne le pensons pas. Malgré cette disparition, les rédacteurs de la réforme l'ont implicitement maintenue, notamment en préservant la vérification de l'existence d'une commutativité des engagements réciproques. En d'autres termes, l'exigence de « cause » au sens de contrepartie, celle permettant d'expliquer le maintien de l'obligation en dépit d'un changement de créancier, n'a en réalité pas été supprimée³⁵⁵.

112. C'est précisément parce que la cause de l'obligation reste la même que le débiteur de la créance cédée n'a pas à donner son consentement à la cession. Autrement dit, le fait que la cession de créance ne soit pas à l'origine d'une substitution d'obligation explique que le créancier puisse, à lui seul, être remplacé par un tiers dans le rapport d'obligation, sans que le consentement du débiteur soit nécessaire.

³⁵⁵ Ph. DUPICHOT, « La cause et la réforme des contrats, entre immolation et transfiguration », *Comparation de la réforme du droit français des contrats et du régime de l'obligation avec le nouveau Code civil roumain*, M. Behar-Touchais (dir.), vol. 1., IRJS, 2016, n° 13, p. 117 : « La cause objective tendait à vérifier l'existence d'une commutativité des engagements réciproques. En dépit de son abandon formel, l'article 1169 nouveau ne fait aucun mystère de la subsistance, dans l'univers des contrats onéreux, d'une nécessaire justification à la parole donnée » ; Ch. LACHEZE, *Droit des contrats*, 4^e éd., Ellipses, 2016, n° 364, p. 128 : « L'ordonnance du 10 février 2016 a supprimé la notion de cause en transférant les fonctions qui lui étaient dévolues à deux notions nouvelles : le but et la contrepartie. Ces notions sont censées être plus précises, mieux définies que celles de cause, et donc assurer une plus grande sécurité juridique » ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 284, p. 233 : « Le mot cause a disparu, mais il n'est pas certain que notre droit des contrats ne soit plus causaliste. Le contrôle de la licéité de la cause du contrat, c'est-à-dire de son but, a été maintenu dans l'article 1162 du Code civil, comme celui de l'existence d'une « contrepartie convenue », définition moderne de la cause de l'obligation, dans les contrats à titre onéreux. De même, la caducité des contrats interdépendants en cas de disparition d'un des contrats du groupe, ainsi que l'interdiction des clauses qui privent de sa substance l'obligation essentielle du débiteur, fondées sous l'empire des anciens textes, sur une notion de cause modernisée, ont été consacrées par la réforme » ; D. MAZEAUD, « La cause pour que survive la cause, en dépit de la réforme », *Dr. et pat.*, oct. 2014, n° 240 : « Avouons-le, un tel parti pris, un pareil compromis, laisse vraiment perplexe, d'autant plus que, effectivement, l'examen des règles du projet révèle que le rôle joué par la cause en droit positif, que ce soit classiquement (protection de l'intérêt privé contre les déséquilibres structurels) ou récemment (protection contre les clauses de responsabilité abusives), est bel et bien maintenu, du moins pour l'essentiel. Mais le rôle de la cause perdue dans des règles dans lesquelles la notion dont elles sont l'expression, l'incarnation, n'apparaît pas... Tant et si bien qu'à la réflexion, on éprouve le sentiment que c'est moins la disparition de la notion de cause que le projet de réforme emporterait, que la suppression du mot « cause »... La réforme serait donc purement formelle... Des mots, des mots... » ; M. POUmarede, « Le contenu du contrat », *RDI*, 2016, 331 ; Y.-M. LAITHIER, « Dispositions relatives à la validité du contrat », *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance, Journée nationale*, t. XX, Nancy, Dalloz & Association Henri Capitant, 2016, p. 33 ; G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.* 2015, 1557 ; F. ANCEL, B. FAUvarque-COSSON et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Essai, Dalloz, janv. 2017, n° 25.84, p. 168 : « Plus qu'une suppression de la cause, c'est davantage une consécration des apports de cette notion que la réforme assure. C'est sans doute la raison pour laquelle la suppression de la notion de cause n'a suscité, hors une partie minoritaire du milieu universitaire, aucune réelle opposition ». Voir également : J. FRANÇOIS, *Traité de Droit civil, Les obligations*, t.IV, Régime général, 3^e éd., Economica, 2013 où l'auteur, en se référant aux conditions de validité de la cession avant la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 précisait que « La cause de la convention de cession renvoie à l'opération économique dont elle est l'instrument » (n° 349, p. 381, note 1).

2- *Le caractère non nécessaire du consentement du débiteur, conséquence du maintien de l'obligation*

113. Que le consentement du débiteur ne soit pas nécessaire pour que la cession de créance puisse avoir lieu est un principe admis en droit français comme en droit colombien. En droit français, même si un tel principe n'avait pas été reconnu explicitement par le Code Napoléon, la doctrine majoritaire et la jurisprudence ne l'ont jamais remis en cause ; il serait la conséquence logique de l'« objectivation » ou « patrimonialisation » de l'obligation. La créance étant un bien pour le créancier, celui-ci devrait pouvoir en disposer librement sans avoir besoin du consentement du débiteur³⁵⁶.

Le même constat peut être posé en l'égard du droit colombien. En effet, la lecture des dispositions du Code civil relatives à la cession de créance de droit commun révèle qu'aucun article ne consacre expressément la règle selon laquelle le consentement du débiteur n'est pas requis pour que le créancier puisse réaliser la cession. Cependant, c'est la solution qui s'impose de l'interprétation des dispositions qui encadrent ce dispositif : en consacrant l'efficacité de la cession entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre, le législateur laisse entendre que le consentement du débiteur n'est pas nécessaire pour l'existence de la cession. En outre, la lecture de l'article 1963 du Code civil selon lequel en cas d'absence de notification ou acceptation du débiteur la cession ne produit d'effets ni à l'égard du débiteur ni à l'égard des tiers conforte cette idée. En se référant à l'efficacité, le législateur sous-entend que le consentement du débiteur n'est pas nécessaire pour l'existence de la cession³⁵⁷.

Désormais, la question ne fait plus de doute en droit français. Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont en effet consacré, dans un nouvel article 1321, alinéa 4, le principe selon lequel « *le consentement du débiteur n'est pas nécessaire pour la réalisation de la cession* ». Ainsi, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, le caractère non-nécessaire du consentement du débiteur pour la réalisation de la cession jouit d'une consécration législative. Ce principe est par ailleurs conforté par l'exception reconnue expressément par les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 selon laquelle « *le consentement du débiteur est nécessaire lorsque la créance a été stipulée incessible* »³⁵⁸. Nous aurons l'occasion de revenir sur la question relative à la nature et la portée des clauses d'incessibilité à l'occasion de l'étude de la situation du débiteur³⁵⁹. A présent, il importe d'insister sur le fait que la reconnaissance du caractère exceptionnel des clauses d'incessibilité ne fait que conforter

³⁵⁶ V. *supra* n° 107. Certains auteurs français affirment pourtant que l'objectivation est plutôt la conséquence de l'admission du transfert de la créance et non la cause d'un tel transfert : J. FRANÇOIS, « Les opérations sur la dette », art. préc., n°2 : « *Mais ce n'est pas cette objectivation qui aura rendu possible le transfert. C'est au contraire le transfert qui aura abouti à l'objectivation de l'obligation* ».

³⁵⁷ J. SUESCÚN MELO, *Derecho privado*, t. II, *Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, 2^e éd., Cámara de comercio de Bogotá & Universidad de los Andes, 2005, p. 546-547; F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, op. cit., n° 316, p. 421; M.-E. CAMACHO LÓPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, op. cit., p. 345.

³⁵⁸ Voir en ce sens le nouvel article 1321, alinéa 4, du Code civil français.

³⁵⁹ V. *infra* n° 436 et s.

le principe selon lequel le consentement du débiteur n'est pas nécessaire pour la réalisation de la cession³⁶⁰.

114. Force est donc d'admettre, compte tenu du peu d'importance du consentement du débiteur, que la cession de créance traduit une faculté de modification unilatérale de l'obligation en faveur du créancier, sujet actif du rapport, et au détriment du débiteur, sujet passif d'un tel lien. L'exercice de cette faculté pourrait être vue comme portant atteinte à l'effet relatif de l'obligation dans la mesure où un tiers vient occuper la place du créancier originaire, cela sans que l'autre partie concernée, le débiteur, n'ait à donner son consentement³⁶¹.

115. La référence au caractère unilatéral de la cession pourrait paraître surprenante. L'unilatéralisme est une notion polysémique assez courante au sein du droit des contrats³⁶². On lui attribue classiquement deux significations : dans le premier cas, il désigne l'engagement d'une seule personne ; dans l'autre, c'est le contrat qui est unilatéral. La question se pose de savoir si ce principe d'unilatéralisme peut être étendu au-delà de son champ traditionnel, celui du droit des contrats, afin de rayonner plus largement sur tout le droit des obligations. Nous croyons qu'une réponse affirmative s'impose. Quelques observations permettent d'éclaircir nos propos.

Si le domaine de prédilection de l'unilatéralisme reste celui du droit des contrats, ce constat peut s'expliquer, comme l'admettent d'ailleurs certains auteurs, par le peu d'intérêt que le législateur porte aux obligations extracontractuelles. Il semblerait que l'obligation n'ait été envisagée que par rapport au contrat³⁶³. Il pourrait donc paraître inutile de parler d'unilatéralisme au sein, plus généralement, du droit des obligations. Néanmoins, de nombreux auteurs se sont prononcés contre cette vision. Il s'agit au fond de revendiquer l'autonomie de l'obligation par rapport à sa source. L'existence des obligations extracontractuelles témoigne d'un tel besoin³⁶⁴.

³⁶⁰ En outre, comme nous le verrons plus loin, l'exigence du consentement du débiteur devrait s'entendre comme son consentement pour lever l'interdiction de céder et non de sa participation à la réalisation de la cession : V. *infra* n° 482.

³⁶¹ Il est important de souligner qu'il est ici fait référence à l'effet relatif de l'obligation et non à l'effet relatif du contrat. En effet, on souhaite mettre en évidence le fait que l'obligation est un lien qui se noue entre deux sujets spécifiques et que c'est précisément en ce sens qu'il est possible de considérer qu'il existe un effet relatif de l'obligation. Puisque la cession de créance autorise le changement d'une des parties au lien juridique sans le consentement de l'autre partie, il semble possible de faire référence à une sorte d'atteinte à l'effet relatif de l'obligation : F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 2, p. 7-8.

³⁶² Il est révélateur à ce propos que le colloque organisé sur « l'unilatéralisme et le droit des obligations » n'ait étudié que les aspects concernant l'acte juridique unilatéral dans les rapports contractuels comme cela a d'ailleurs été souligné expressément : Ph. JESTAZ, « Rapport de synthèse », *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Actes du colloque organisé par le Centre de recherche européen de droit des obligations de l'Université Paris XII et le Centre de droit des contrats de l'Université de Lille, Economica, 1999, p. 87 et s. : « 'Unilatéralisme et droit des obligations', tel était notre sujet, mais nous n'en avons traité qu'un pan et il faudrait savoir pourquoi. L'obligation, depuis les Romains, se définit comme un vinculum juris, un lien de droit. Par conséquent nous aurions dû étudier tous les cas où ce lien se noue ou se dénoue par le fait d'un seul ».

³⁶³ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1075, p. 1125, note 1 ; J. FRANCOIS, *Traité de droit civil*, t.IV, *Les obligations, Régime général*, *op.cit.*, n° 1, p. 2.

³⁶⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Ibidem*.

Si l'obligation et le contrat ne se confondent pas, l'étude de l'unilatéralisme dans le droit des contrats n'enlève pas son intérêt à l'étude de l'unilatéralisme en droit des obligations. Au contraire, une telle étude est de plus en plus importante dans la mesure où l'obligation est susceptible de subir des modifications tout au long de son existence. Le fait que ces modifications affectent une seule ou au contraire les deux parties, ou que de telles modifications trouvent leur origine dans la volonté de l'une ou des deux parties, ne devrait pas être sans conséquence à l'égard du régime de l'obligation.

Cependant, l'analyse de l'unilatéralisme dans le droit des obligations ne pourrait pas se passer des développements importants dont il fait l'objet dans le droit des contrats, sans aucun doute son terrain naturel et préféré. C'est pourquoi, afin de préciser le sens à donner au caractère unilatéral de la modification de l'obligation au regard de notre sujet d'étude, il convient, à titre liminaire, de rappeler que la modification unilatérale du contrat peut être entendue dans un double, sens selon que l'on regarde l'objet ou l'origine de la modification : comme une modification qui n'affecte que l'engagement de l'une des parties ; comme une modification à l'origine de laquelle se trouve une seule des parties. Unilatéral s'opposerait ici à bilatéral, plurilatéral ou conventionnel³⁶⁵.

Eu égard aux développements qui précèdent, c'est la deuxième signification qui s'avère utile afin de comprendre l'analyse de la cession de créance en une modification unilatérale de l'obligation. En effet, le créancier a la faculté de se faire remplacer par un tiers dans le rapport d'obligation sans avoir recours au consentement du débiteur. Autrement dit, à l'origine du changement de sujet réalisé par la cession de créance, se trouve une seule des parties au rapport d'obligation : le créancier.

Certes, la référence à l'unilatéralisme peut faire figure de contresens, car une convention entre le cédant et le cessionnaire est nécessaire pour que la cession de créance puisse avoir lieu³⁶⁶. Mais l'aspect qui nous intéresse ici est que du point de vue des sujets au rapport d'obligation, créancier et débiteur, la modification de l'obligation par l'acte de cession trouve son origine dans la volonté d'une seule des parties : le créancier³⁶⁷.

De plus, contrairement à ce que l'on pourrait croire, le recours à l'unilatéralisme pour expliquer le mécanisme de la cession de créance, au regard du droit des obligations, n'est pas entièrement nouveau. Par exemple, même si la cession de créance témoigne d'une modification de

³⁶⁵ H. LECUYER, « La modification unilatérale du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, Economica, coll. Etudes juridiques, 1999, p. 48.

³⁶⁶ V. *infra* n° 219 s.

³⁶⁷ D'ailleurs, l'idée de la possibilité de modification unilatérale de l'obligation est confortée, au sein du droit français, par la faculté reconnue en faveur du débiteur d'une obligation de consentir une subrogation conventionnelle. Dans une telle hypothèse, ce n'est pas le sujet actif de l'obligation qui est autorisé à modifier subjectivement le rapport d'obligation mais le sujet passif du lien juridique.

l'obligation, le professeur Ghazi considère qu'il n'est pas pertinent de l'étudier en la rattachant aux modifications issues de la volonté des parties. La raison en est que la cession ne résulte pas d'un accord entre le créancier et le débiteur ; la modification de l'obligation opérée par la cession de créance est imposée par le créancier au débiteur³⁶⁸.

116. La mise en évidence du caractère unilatéral de la modification de l'obligation opérée par la cession de créance est accueillie favorablement au sein de la doctrine étrangère. Le cas du droit espagnol est à cet égard révélateur. Certains auteurs analysent effectivement la cession en une faculté du créancier en ce sens que celui-ci peut conclure la cession de créance sans l'intervention du débiteur : « *La cession de créance est une faculté que le créancier peut exercer lui-même et de sa propre initiative, indépendamment de la volonté du débiteur. Le créancier peut disposer de sa créance, même si le débiteur ne le sait pas ou s'il est en désaccord avec la cession déjà accomplie* »³⁶⁹.

117. L'analyse de la cession de créance en une modification de sujet actif sur décision unilatérale du créancier, dans un lien d'obligation qui se maintient, nous fait penser à la subrogation personnelle, et plus précisément à la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris*. Nous aurons l'occasion de revenir en détails sur le rapport entre la cession de créance et la subrogation personnelle en analysant la cession du point de vue du droit des biens et des contrats spéciaux. Ce qui est d'ores et déjà intéressant de signaler est que dans l'hypothèse d'une subrogation conventionnelle *ex parte creditoris*, à l'instar de ce que l'on peut constater en matière de cession de créance, le créancier se fait aussi remplacer par un tiers dans un même rapport d'obligation. Dès lors, si on analyse la cession de créance et la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* du point de vue du droit des obligations, on peut constater qu'il n'existe guère de différence entre ces deux mécanismes. Il n'en va pas de même quant à la subrogation légale ni quant à la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur propre au droit français.

S'agissant de la subrogation légale, la modification de l'obligation est la conséquence d'une disposition directement consacrée par le législateur. Il n'est donc pas possible de conclure au caractère unilatéral de la modification conformément au raisonnement exposé précédemment.

³⁶⁸ A. GHAZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties, Etude de droit civil français, op. cit.*, n° 18, p. 6-7 : « *La substitution de personne ne fait pas de difficulté. On sait qu'on peut substituer un créancier à un autre dans une obligation-sans pour autant détruire le lien de droit-en recourant à la cession de créance (...). Cependant elle confirme sans équivoque que les parties à l'obligation peuvent s'accorder pour en changer le titulaire. C'est pourquoi la cession parfaite de dette constitue le seul cas de modification de la personne, à l'exclusion de la cession de créance qui est en réalité imposée au débiteur cédé au lieu d'être convenue avec lui* ».

³⁶⁹ Voir en ce sens notamment : C. LASARTE, *Derecho de obligaciones, Principios de derecho civil II, op. cit.*, p. 187 ; L. DIEZ- PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. 2, *Las relaciones obligatorias, op. cit.*, p. 793 : « *La modification peut provenir de l'exercice d'une faculté reconnue en faveur d'un seul des sujets du rapport obligatoire, soit en vertu d'une disposition légale, soit en vertu d'une clause prévue dans le contrat* ».

Concernant la subrogation conventionnelle *ex parte debitoris*, il est vrai que la modification est dans ce cas le résultat de la volonté de l'une des parties au lien d'obligation. Mais dans cette hypothèse c'est le débiteur, et non le créancier qui est à l'origine d'un tel changement ; raison pour laquelle elle ne doit pas être assimilée à la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris*.

118. **CONCLUSION DE LA SECTION II.** Le changement de créancier est un trait commun à la cession de créance et à la novation par changement de créancier. Cependant, ces deux mécanismes ne doivent pas être confondus. De fait, la novation par changement de créancier a une nature substitutive alors que la cession de créance a une nature seulement modificative. En d'autres termes, si la novation par changement de créancier entraîne l'extinction de l'obligation originaire corrélativement à la création d'une obligation nouvelle, la cession de créance ne fait qu'introduire un nouveau créancier dans le rapport d'obligation initial. En d'autres termes, le créancier peut être considéré, d'une certaine manière, comme fongible. Cette différence essentielle explique, par exemple, que les accessoires de la créance originaire s'éteignent dans l'hypothèse de la novation alors qu'ils perdurent dans le cas de la cession de créance. C'est pour la même raison encore qu'en matière de cession de créance, le principe est que le débiteur peut opposer au nouveau créancier les mêmes exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant si la cession n'avait pas eu lieu alors qu'il n'en va pas de même en matière de novation par changement de créancier. C'est parce que la novation par changement de créancier est à l'origine de la création d'une obligation nouvelle corrélatrice à l'extinction d'une obligation ancienne, que le consentement du débiteur et l'intention de nover sont des conditions *sine qua non* pour la réalisation de la novation. En revanche, compte tenu du maintien de l'obligation dans l'hypothèse de la cession de créance, on comprend mieux que le consentement du débiteur ne soit ni de l'essence ni de la nature de la cession de créance. Cela démontre, contrairement à ce que l'on entend souvent, que dans une cession de créance, le changement de créancier n'altère pas, par principe, la cause de l'obligation du débiteur. Certes, le fait que la créance soit appréhendée comme un bien du créancier explique l'intérêt du législateur à encourager le transfert de créances mais une chose est l'intérêt à encourager ce transfert, une toute autre chose est la raison pour laquelle un tel transfert est possible.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

119. Même si l'analyse de la cession de créance en un acte translatif d'obligation est dominante en droit français et en droit colombien, elle doit être abandonnée. L'obligation étant avant toute chose un lien juridique entre deux sujets, l'idée de sa transmissibilité, au moins par un acte entre vifs, ne convainc pas. Les arguments en faveur de cette approche ne sont pas déterminants. Tout d'abord, on a vu que l'assimilation entre la créance et l'obligation doit être rejetée. Bien que la créance soit un effet de l'obligation, elle ne s'identifie pas à l'obligation elle-même. La créance n'est pas qu'une simple représentation de l'obligation, pas plus que la dette ne l'est pas. D'autre part, l'expression « *transfert d'obligation* » est ambiguë. Si pour certains auteurs elle évoque la circulation de l'émolument de la créance, pour beaucoup d'autres, elle désigne la substitution du créancier originaire par un tiers dans le même rapport d'obligation. Enfin, si l'idée d'une transmissibilité d'obligation à cause de mort peut trouver une justification dans le principe de la continuation de la personne du défunt, ce qui n'est absolument pas certain, l'impossibilité de transposer un tel principe en matière de cession de créance est plutôt en faveur de l'abandon de la conception selon laquelle la cession de créance opère un transfert d'obligation activement.

120. Par ailleurs, même si la cession de créance n'est pas un acte translatif d'obligation, on ne peut pour autant conclure à l'absence d'incidence sur l'obligation. La créance étant un effet de l'obligation, son transfert aura nécessairement des conséquences sur cette dernière. Plus précisément, la cession de créance entraîne une modification de l'obligation. En effet, l'obligation étant avant tout un lien juridique entre deux sujets de droit, le fait que le créancier originaire se fasse substituer par un tiers qui vient prendre sa place dans un même rapport d'obligation ne doit pas être négligé. On ne peut faire comme si la cession n'avait pas opéré un changement du sujet actif de l'obligation.

121. La présentation de la cession de créance comme une modification de l'obligation peut rappeler la novation par changement de créancier. Cependant, on ne peut les assimiler. La cession de créance garantit le maintien de l'obligation : les accessoires de la créance ne s'éteignent pas et le débiteur de la créance cédée peut opposer au cessionnaire les mêmes exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant si la cession n'avait pas eu lieu. Malgré le changement de créancier, la cause de l'obligation reste la même. En revanche, la novation se caractérise par l'extinction d'une obligation ancienne et la création d'une obligation nouvelle. Cette particularité explique, par exemple, que les accessoires de la créance initiale s'éteignent et que le débiteur de l'obligation novée ne puisse opposer au nouveau créancier les exceptions qu'il aurait pu opposer au créancier de l'obligation éteinte.

122. Parce que la cession de créance garantit le maintien de l'obligation, le consentement du débiteur n'est pas nécessaire pour la réalisation de la cession. Celle-ci est donc possible parce qu'en dépit du changement de créancier, la cause de l'engagement du débiteur reste la même. De sorte que, contrairement à ce qu'on lit souvent, le fondement de la cession ne réside pas dans le fait que la créance est un bien pour le créancier, mais dans celui que l'obligation peut survivre au changement de créancier. En revanche, puisque la novation par changement de créancier entraîne la substitution d'une obligation ancienne par une nouvelle qu'elle crée, le consentement du débiteur et la volonté certaine de nover sont des conditions nécessaires pour la réalisation de la novation.

123. En outre, si l'analyse de la cession en une modification subjective et unilatérale de l'obligation permet de mieux comprendre la distinction entre la cession et la novation par changement de créancier, elle révèle aussi, contrairement à une idée reçue, que la distinction entre la cession de créance et la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* n'est pas justifiée ; à tout le moins si l'on analyse les deux mécanismes du point de vue du droit des obligations. De fait, aussi bien la cession de créance que la subrogation conventionnelle consentie par le créancier opèrent, sans le consentement du débiteur, une modification subjective de l'obligation par changement de créancier. Il restera à déterminer si, du point de vue du droit des biens et des contrats spéciaux, la distinction entre la cession de créance et la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* est justifiée.

CONCLUSION DU TITRE I

124. Des développements qui précèdent, il ressort que nos législateurs civils privilégient l'étude de la cession de créance au regard du droit contractuel, en la considérant plus précisément comme un contrat translatif de créance. En droit français, les rédacteurs du Code Napoléon ont appréhendé la cession comme un type de vente. En droit colombien, si la cession est détachée du contrat de vente, elle est tout de même réglementée dans un titre relatif aux contrats spéciaux. Cependant, la doctrine majoritaire, en France comme en Colombie, privilégie le traitement de la cession à la lumière du droit des obligations, plus exactement comme étant un acte translatif d'obligation. Certes, la récente réforme en droit français opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 donne une assise légale à l'étude de la cession du point de vue du droit des obligations, la cession étant traitée dans un chapitre concernant « *Les opérations sur obligations* », néanmoins les rédacteurs de l'ordonnance ne mentionnent pas expressément que la cession est un acte translatif d'obligation ; la cession est appréhendée en tant que contrat translatif de créance.

125. Différentes raisons peuvent expliquer la tendance doctrinale à l'analyse de la cession en un acte translatif d'obligation, en France et en Colombie, mais également au sein de certains systèmes juridiques étrangers. En premier lieu, la difficulté de distinguer la créance de l'obligation. Selon la conception classique, la créance ne serait que l'obligation envisagée activement de sorte que le transfert de la créance ne serait rien d'autre que le transfert de l'obligation elle-même. En deuxième lieu, l'analyse de la cession en un acte translatif d'obligation peut trouver une origine dans une ambiguïté autour de l'expression « transfert d'obligation ». En effet, si les auteurs utilisent cette expression pour désigner le phénomène de circulation de l'émolument de la créance, ils le font aussi pour évoquer la substitution d'un tiers au créancier originaire dans un rapport d'obligation. En troisième lieu, la transmissibilité de l'obligation à cause de mort, sur le fondement du principe de continuation de la personne du défunt, n'est pas sans incidence sur la thèse de la transmissibilité de l'obligation par le biais de la cession de créance, acte entre vifs.

126. Pour autant, malgré les apparences, les raisons invoquées ne sont pas aussi déterminantes qu'on pourrait le croire. Tout d'abord, on a vu que l'assimilation de la créance à l'obligation était critiquable. Certes, la créance et l'obligation sont étroitement liées, la première étant un effet de la seconde. Cependant, la créance est un droit subjectif patrimonial, *i.e.* le pouvoir reconnu

au créancier de demander à son débiteur l'accomplissement de la prestation promise, alors que l'obligation reste avant tout un lien juridique, formé par la créance et par la dette. De plus, ni la circulation de l'émolument de la créance ni la substitution du créancier originaire par un tiers dans un même rapport d'obligation ne se révèle satisfaisante pour rendre compte du prétendu phénomène de « transfert d'obligation » par acte entre vifs. Enfin, même si on acceptait l'idée de transmissibilité de l'obligation en matière de succession universelle, il n'est pas certain qu'elle soit transposable au cas de la cession de créance. La raison en est simple. Si le principe de la continuation de la personne du défunt pourrait expliquer la thèse de la transmissibilité de l'obligation, il n'en va pas de même en matière de cession de créance pour laquelle un tel principe ne s'applique pas.

127. Cependant, parce que la créance est un effet de l'obligation, son transfert ne peut rester sans conséquences sur celle-ci. Plus précisément, la cession entraîne une modification de l'obligation. Le fait qu'un tiers vienne prendre la place du créancier initial dans le même rapport d'obligation doit être mis en avant puisque l'obligation reste avant tout un lien juridique. Mais l'analyse de la cession en une modification de l'obligation par changement de créancier invite à nous interroger sur le rapport entre la cession de créance et la novation par changement de créancier. C'est ainsi que l'on se rend compte que si le changement de créancier est un effet commun à la cession de créance et à la novation, la première garantit le maintien de l'obligation alors que la seconde opère une substitution de celle-ci. Cette différence fondamentale entre les deux opérations s'explique par le fait que malgré le changement de créancier opéré par la cession, la cause de l'engagement du débiteur reste la même. C'est la raison pour laquelle le consentement du débiteur n'est pas nécessaire pour la réalisation de la cession. En revanche, dans le cas de la novation, la création d'une obligation nouvelle entraînant l'extinction de l'obligation ancienne, effet caractéristique du caractère substitutif, ne permet pas d'affirmer que ladite cause reste la même. En s'obligeant directement envers le nouveau créancier, le débiteur acquiert un engagement nouveau ayant une cause différente.

128. Parce que dans l'hypothèse de la cession de créance l'obligation survit malgré le changement de créancier, il est critiquable que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 aient traité de ces deux mécanismes dans un même chapitre intitulé « *Les opérations sur obligations* ». Certes, la cession de créance est une opération qui porte sur une obligation et il en va de même de la novation, dans ses deux modalités. Cependant, la cession de créance opère une modification du lien obligatoire alors que la novation, qu'elle soit objective ou subjective, entraîne une substitution de l'obligation, *i.e.* la création d'une obligation nouvelle afin d'éteindre une obligation ancienne. Il aurait donc été plus

pertinent de distinguer, par exemple, entre les opérations modificatives et les opérations substitutives d'obligation.

Dans tous les cas, le fait que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 aient traité la cession de créance et la novation dans un même chapitre dédié aux « *opérations sur les obligations* », ne doit pas tromper : ce sont deux opérations différentes. Mais cette distinction ne réside pas dans le fait, contrairement à ce qui est communément admis, que la cession opère un transfert d'obligation alors que la novation entraîne la substitution de celle-ci. En réalité, si ces deux opérations doivent être distinguées, la raison en est que la cession de créance opère une modification unilatérale de l'obligation alors que la novation entraîne la substitution de celle-ci.

129. Si la mise en lumière de la nature modificative de la cession de créance s'avère essentielle pour comprendre la place de ce mécanisme au sein du régime général des obligations, elle est pourtant insuffisante pour donner une vision complète de la cession de créance. La créance étant un bien pour le créancier, reste à déterminer la place de la cession dans le cadre des différentes opérations qui ont un bien pour objet. Ce sera l'occasion de montrer, de cet autre point de vue, que la cession de créance doit être analysée en un transfert conventionnel et polyvalent d'un bien incorporel.

TITRE II

LA CESSION DE CRÉANCE : TRANSFERT CONVENTIONNEL ET POLYVALENT D'UN BIEN INCORPOREL

130. D'après une conception majoritaire, la circulation des biens va de pair avec l'acquisition de la propriété. Ce rapprochement repose sur une vision classique selon laquelle la propriété, droit réel le plus absolu, se confondrait avec la chose sur laquelle elle porte³⁷⁰. De la sorte, les choses corporelles seraient les seules à pouvoir être objets de propriété. Le transfert d'un bien corporel ne serait donc qu'un transfert de propriété³⁷¹.

131. Partant, l'appréhension de la créance en tant que bien et l'idée selon laquelle la cession serait l'acte permettant d'opérer son transfert conduit à s'interroger quant au rapport existant entre la cession de créance et les différentes manières d'acquérir la propriété. Une telle interrogation permet de montrer que la cession de créance, à la lumière de nos systèmes juridiques, ne peut exclusivement être identifiée à aucun des actes translatifs réglementés par les législateurs. Certes, la cession de créance est un contrat ayant vocation à transférer une créance ; cependant, à la différence des autres contrats à finalité translatrice, elle se caractérise par le fait qu'elle se réalise pour des causes fort diverses. Pour cette raison, il sera question de considérer, en premier lieu, l'irréductibilité de la cession de créance à un acte translatif déterminé (**Chapitre I**) ; avant de souligner, en second lieu, l'originalité de la cession de créance en tant que contrat générique de disposition (**Chapitre II**).

³⁷⁰ En droit français : C.-A. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français*, t. IV, *Les biens*, par P. VOIRIN, 2^e éd., Arthur Rousseau, 1938, n° 158, p. 166-167 ; P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit français*, t. II, *Les biens*, PUF, 1961, p. 4 ; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. I, Paris, Montchrestien, 1935, n° 244, p. 341 ; P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, *op. cit.*, p. 273 ; Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens, De la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, t. I, Paris, n° 35. À propos de la discussion en droit colombien sur la propriété des choses incorporelles: F. VÉLEZ, *Estudio sobre el derecho civil colombiano, actualizado y complementado con comentarios de jurisprudencia por Jairo López Morales*, t. III, Ediciones Lex Ltda, Bogotá, 1982, n° 45, p. 36 ; L.- G VELÁSQUEZ JARAMILLO, *Bienes*, *op. cit.*, n°2, p. 109.

³⁷¹ Pour une analyse approfondie à propos de cette conception classique : Y. EMERICH, *La propriété des créances : approche comparative*, *op. cit.*, n° 433, p. 244 : «D'après la thèse traditionnelle, lors de l'aliénation d'un bien, c'est le droit même de propriété qui est transféré. Cette conception est liée à la théorie de l'incorporation de la propriété dans son objet et à son corollaire, qui est l'analyse de la propriété en un bien » ; Ph. CHAUVIRE, *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens*, *op. cit.*, n° 93, p. 64 : «L'expression « transfert de propriété » n'est d'ailleurs pas neutre et résume à elle seule l'approche couramment retenue du mécanisme de circulation des biens. Cette terminologie indique que la propriété est l'objet du transfert et qu'elle est au centre de la transmission ».

Chapitre I

L'irréductibilité de la cession de créance à un acte translatif déterminé

132. La tentation est grande de vouloir identifier la cession de créance à l'un des actes translatifs connus de nos systèmes juridiques. Cette démarche se révèle pourtant infructueuse, une telle identification se heurtant à plusieurs obstacles difficilement surmontables. Afin de préciser ce postulat, il conviendra de revenir sur la tentative d'assimilation de la cession de créance à un acte translatif déterminé (Section I), puis d'exposer les critiques que l'on peut opposer à leur rencontre (Section II).

Section I- La tentative d'assimilation de la cession de créance à un acte translatif déterminé

133. L'interrogation à propos du rapport entre la cession de créance et les modes d'acquisition de la propriété, en droit français comme en droit colombien, révèle deux conceptions radicalement opposées de la nature juridique de la cession de créance. En droit français, d'après la présentation qui en était faite par le Code Napoléon, la cession semble pouvoir être assimilée au contrat de vente³⁷². En revanche, le Code civil colombien traite de la cession comme d'un acte indépendant de la vente et d'autres contrats spéciaux. Au regard de cette particularité, la doctrine majoritaire colombienne a trouvé un terrain propice à l'analyse de la cession en un dispositif permettant le transfert d'une créance. En d'autres termes, la cession serait une convention exclusive de tout contenu obligationnel : son objet ne serait que le transfert d'une créance³⁷³.

134. Afin de bien comprendre la signification ainsi que la portée de la différence soulignée entre les deux systèmes juridiques, quelques remarques relatives au système de transfert des biens en

³⁷² Le Code civil français traitait de la cession de créance dans un Chapitre VIII intitulé « *Du transport des créances et autres droits incorporels* ». Ce chapitre faisait partie d'un titre sixième concernant le contrat de vente. Voir également la doctrine qui se réfère à la cession comme étant une sorte de vente : J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LECUYER, *Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 11110, p. 60. La jurisprudence ancienne va dans le même sens : CA Paris, 12 juillet. 1911, *DP*. 1913.2. 189 : « *La cession-transport diffère de la subrogation consentie par le créancier à un tiers, en ce que le but principal de cette dernière est la libération du débiteur envers le créancier originaire, tandis que l'objet de la cession-transport est simplement la vente et l'acquisition d'une créance* ».

³⁷³ F. VÉLEZ, *Estudio sobre el derecho civil colombiano corregida y aumentada por el autor y por Luis Angel Arango*, t. VII, 2^e éd., Imprenta Paris América, 1926, n° 435, p. 329; H.-D. VELÁSQUEZ GÓMEZ, *Estudio sobre obligaciones*, *op. cit.*, n° 534, p. 1020 : « *Le Code civil régit seulement la cession sans analyser le contrat qui en est à son origine* » ; A. VALENCIA ZEA et A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, t. II, *Derechos reales*, *op. cit.*, n° 138, p. 386; A. DE LA VEGA, *Bases del derecho de obligaciones, conferencias*, Temis, 1976, n° 286-287, p. 271-272.

droit français et en droit colombien s'imposent ; plus précisément concernant le rôle du contrat dans le processus d'acquisition des biens.

En ce qui concerne le droit français, l'expression « *contrat translatif* » s'explique par le principe du transfert *solo consensu*. Le contrat serait nécessaire et suffisant pour réaliser un transfert de propriété³⁷⁴. Cette présentation classique fut à l'origine de vifs débats à propos du caractère moniste ou dualiste du transfert de la propriété en droit français³⁷⁵. La question se posait de savoir si l'obligation de donner avait une existence réelle ainsi qu'un rôle déterminant dans le processus d'acquisition des biens³⁷⁶. Plus précisément, on se demandait si la distinction entre le titre et le mode de transfert était justifiée ou si elle ne l'était pas. Indépendamment de leurs différences d'approche³⁷⁷, la plupart des auteurs s'accordaient pour considérer que le Code Napoléon avait tissé un lien très fort entre contrat et transfert de propriété³⁷⁸. Le nouvel article 1196 du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février

³⁷⁴ Certains auteurs soulignent qu'il serait plus juste de se référer au principe de *transfert immédiat* en ce sens que le transfert de propriété, dans le cas des contrats solennels par exemple, n'a lieu qu'à partir de l'accomplissement des formalités respectives. Par conséquent, la référence au transfert *solo consensu* ne serait exacte que pour les contrats consensuels. En ce sens : Ch. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil*, t. III, *Les obligations, le contrat*, 8^e éd., *op. cit.*, n° 202, p. 178-179 ; Ch. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, *op. cit.*, n° 288, p. 220 : « Le transfert de droit y est consensuel. Parfaitement intégré au contrat, il découle, comme l'effet obligatoire, de la seule rencontre des volontés. Aucune formalité ne s'interpose entre la formation du contrat et la naissance du droit de l'acquéreur ; de la même façon, celui-ci est ensaisiné indépendamment de l'exécution du contrat. C'est ce qui signifie le caractère immédiat du transfert : la volonté des parties est pleinement efficace, aussi bien dans leurs rapports entre elles qu'à l'égard des tiers ».

³⁷⁵ Dans les systèmes dualistes, le principe est celui du transfert de propriété qui requiert l'intervention de deux actes juridiques : le titre d'acquisition et le mode d'acquisition. Celui-ci est à proprement parler l'acte de disposition. En revanche, les systèmes dits monistes se caractérisent par le fait qu'un seul acte juridique est suffisant pour que le transfert de propriété ait lieu. Autrement dit, un seul acte accomplit le rôle de titre et de mode de transfert. À propos de la distinction entre ces deux systèmes : Ph. CHAUVIRE, *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens*, *op. cit.*, n° 18-20, p. 10-12 ; C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, LGDJ, coll. Faculté de droit et des sciences sociales, université de Poitiers, 2005, réédition de l'ouvrage imprimé en 1924, p. 16. En faveur du principe selon lequel le Code Napoléon aurait consacré un système moniste : F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVI, 3^e éd., Bruxelles, Paris, 1878, n° 356, p. 419 : « Le Code a consacré le principe du droit naturel. Il n'exige plus la tradition pour la translation de la propriété ; la convention, c'est-à-dire la volonté de l'homme suffit (art. 1138). C'est une des grandes innovations du code civil ; mais chose singulière, le texte formule le nouveau principe avec une obscurité telle, qu'il est à peine intelligible ».

³⁷⁶ À propos de ce débat : Ph. CHAUVIRE, *ibidem*, n° 22, p. 13 ; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, *op. cit.*, nos 326 et 385, p. 363 et 427 ; S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créances : élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, n° 29, p. 71-76 ; J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *Le droit privé français au milieu du vingtième siècle*, in *Études offertes à Georges Ripert*, t. I, Paris, LGDJ, 1950, n° 10, p. 102-103 ; Chr. ATIAS, *Le transfert conventionnel de la propriété immobilière*, thèse Poitiers, 1974, n° 104 s, p. 161 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85 et s. ; J. HUET, « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, n° 9, p. 425. Plus récemment : V. WESTER-OUISSSE, « Le transfert de propriété *solo consensu* : principe ou exception ? », *RTD civ.* 2013, 299.

³⁷⁷ On reviendra sur cet aspect lors de l'étude des rapports entre le cédant et le cessionnaire, et plus précisément lorsqu'il sera question de préciser le moment à partir duquel le transfert de la créance a lieu entre eux : V. *infra* n° 661 et s.

³⁷⁸ Ph. CHAUVIRE, *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens*, *op. cit.*, n° 227, p. 148 : « Une conclusion s'impose, au regard de ce qu'il vient d'être énoncé : le contrat contient en son sein les clés de l'acquisition de la propriété. Il n'est nul besoin de rechercher dans des phénomènes extérieurs-possession, publicité foncière, investiture, formalisme-la source d'attribution de la qualité de propriétaire (...) La seule certitude est que le droit français tisse un lien très fort entre le contrat et l'acquisition, mais rapprochement ne signifie pas confusion » (nous soulignons) ; J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil », *RTD civ.* 2000, p. 477-506. Sur la particularité du système français de transfert des biens par rapport à d'autres systèmes juridiques appartenant à la famille dite du droit romano-germanique : D. FABIO ESBORRAZ, « El efecto obligacional: otra 'diferencia específica' de la noción de contrato del sistema jurídico latinoamericano », *Obligaciones, Contratos, Responsabilidad*, Memoria, Grupo para la armonización del derecho privado latinoamericano, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 292 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, *op. cit.*, n° 178, p. 282 : « Le consentement au contrat translatif est donc présumé comporter, en outre, la décision de renonciation à la propriété en faveur de l'acquéreur, ainsi que la décision d'acquisition de ce dernier ».

2016, paraît avoir mis fin à tout débat. En consacrant la règle selon laquelle le transfert n'est qu'un effet du contrat, le législateur semble avoir pris parti pour la suppression de l'obligation de donner³⁷⁹, ce qui *a priori* conforte l'hypothèse que le contrat se suffit à lui-même pour opérer le transfert³⁸⁰.

En droit colombien, le législateur se réfère au contrat « *traslaticio* »³⁸¹ au lieu d'évoquer le « *contrat translatif* » du droit français. L'idée est de mettre en valeur le principe selon lequel le contrat n'a qu'une vocation à transférer la propriété. Le contrat « *traslaticio* » est défini comme un accord de volontés créateur d'une obligation de donner³⁸². Pour que le transfert de propriété ait lieu, l'accomplissement d'un acte complémentaire, mode de transfert, est nécessaire : l'acte de tradition. Comme le transfert ne peut être réalisé que par l'addition de deux actes, le titre d'acquisition (*titulus ad acquirendum*) et le mode d'acquisition (*modus acquirendi*), le caractère dualiste du système de transfert est unanimement reconnu en droit colombien³⁸³. Cela ne signifie toutefois pas qu'il est possible d'assimiler le système de transfert de biens du droit colombien à celui du droit allemand. À ce stade de l'étude, soulignons seulement qu'à la différence du droit allemand, l'acte de tradition en droit colombien n'est pas un acte séparé et indépendant de l'acte obligationnel³⁸⁴.

En ce qui concerne la nature juridique de la tradition, la doctrine majoritaire affirme qu'il s'agit d'un acte juridique conventionnel mais non contractuel. En effet, la tradition n'a pas pour objet de créer une obligation mais de l'éteindre³⁸⁵. Pour cette raison, la tradition est définie comme un accord

³⁷⁹ À propos du fait que l'annonce de la disparition de l'obligation de donner pourrait néanmoins être prématurée : O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *Commentaire article par article*, *op. cit.*, art. 1196, p. 421.

³⁸⁰ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, *Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 533, p. 453 ; O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *ibidem*.

³⁸¹ L'expression utilisée par le législateur est celle de « *contrato traslaticio* ». Le mot « *traslaticio* » n'a pas de traduction en français. Le Dictionnaire de l'Académie royale espagnole donne la définition suivante : « *Il se dit du sens dans lequel un vocable s'emploie pour qu'il signifie ou dénote quelque chose de distinct de ce qui s'exprime s'il s'emploie dans son acception primitive ou dans son sens propre et courant* ».

³⁸² La consécration de ce dispositif s'explique par le fait qu'A. Bello voulut reprendre le système de transfert de la propriété du droit romain : L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. VII, *De los bienes II*, Editorial jurídica de Chile, Editorial Temis, 1992, p. 315. La Cour constitutionnelle colombienne a eu l'occasion de se prononcer à propos de la constitutionnalité des dispositions du Code civil relatives à la distinction entre le titre et le mode : *Corte constitucional colombiana*, *Sentence C-174-01*, 14 février 2001, M.R. : Alvaro Tafur. Cela n'implique pas de prendre parti sur la question de savoir si, outre la création d'obligations, le contrat produit d'autres effets : P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771-810.

³⁸³ L.G. VELÁSQUEZ JARAMILLO, *Bienes*, *op. cit.*, p. 323 ; A. VALENCIA ZEA et A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, t. II, *Derechos reales*, *op. cit.*, n° 143, p.394-395 ; F. ARIAS GARCIA, *Bienes civiles y mercantiles*, 1^e éd., Universidad Santo Tomás, Ibáñez, Bogotá, 2008, p. 244-245. La jurisprudence colombienne se prononce dans le même sens : Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil y agraria, 6 mai 1998, Réf. 5095, M. R. : Pedro Lafont Pianetta ; Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil y agraria, 29 septembre 1998, Réf. 5169, M.R : Pedro Lafont Pianetta ; Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil y agraria, 9 juin 1999, Réf. 5265, M. R. : Pedro Lafont Pianetta.

³⁸⁴ A. VALENCIA ZEA et A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, t. II, *Derechos reales*, *op. cit.*, n°144, p. 398 ; A. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, t. I, *Síntesis histórica del Derecho romano*, Editorial jurídica de Chile, 1996, n°120, p. 568-592.

³⁸⁵ Cependant, il est intéressant de souligner que la question relative à la nature juridique de la tradition est l'objet de débat au sein d'autres systèmes juridiques qui maintiennent, à l'instar du droit colombien, la distinction entre le titre et le mode de transfert. Par exemple, une partie de la doctrine chilienne est favorable à l'appréhension de la tradition comme un simple fait juridique : M. De Los A. SOZA RIED, « La naturaleza jurídica de la tradición : Acto o hecho jurídico ? », *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, n° 2, Sección Estudios, 2003, p. 287-305. D'autres auteurs chiliens, sans partager expressément l'idée de la tradition en tant que simple fait juridique, remettent en question sa nature juridique conventionnelle au sens de *negotium juridicum* : A. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, t. I, *Síntesis histórica del Derecho romano*, *op. cit.*, 581 et s. A propos des

de volontés entre le *tradens* et l'*accipiens* ayant pour objet l'exécution de l'obligation de donner née d'un contrat « *traslaticio* » précédemment conclu.

Les remarques antérieures expliquent que le contrat « *traslaticio* » du droit colombien ne soit pas analysé en un acte de disposition. Une telle qualification est réservée à la tradition en tant que convention translatrice. En principe, celle-ci doit être accompagnée d'un acte réel ou matériel de remise, lequel varie en fonction de la nature juridique du bien³⁸⁶.

135. La distinction expressément reconnue entre le titre et le mode d'acquisition justifie l'intérêt de la doctrine et de la jurisprudence colombiennes à déterminer dans laquelle de ces deux catégories il conviendrait d'inclure la cession de créance. Plus précisément, il s'agit de définir si la cession est le contrat ou fait générateur du transfert ou bien si elle est l'acte de disposition ayant exclusivement pour objet le transfert de la créance du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire³⁸⁷. Ce débat est récurrent dans les systèmes juridiques qui admettent sans aucune ambiguïté la distinction entre le titre et le mode de transfert dans le processus d'acquisition des biens³⁸⁸. En droit colombien, comme on l'a souligné précédemment, la deuxième approche l'emporte³⁸⁹, ce qui n'est pas sans conséquences pratiques importantes³⁹⁰.

Si une telle interrogation ne se pose pas ouvertement au sein de la doctrine française, cela s'explique par un scepticisme à l'égard de l'existence et de l'exécution de l'obligation de donner³⁹¹. Autrement dit, la conception classique relative au double rôle joué par le contrat -titre et mode d'acquisition- rendrait la classification d'un acte juridique parmi l'une ou l'autre des catégories mentionnées *a priori* inutile. Ce constat semble conforté par l'ordonnance du 10 février 2016 qui

doutes relatifs à la nature juridique de la tradition en droit espagnol : L. DIEZ-PICAZO, « La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español », in *Anuario de Derecho civil*, vol. 52, n° 3, 1966, p. 555-573.

³⁸⁶ A. VALENCIA ZEA et A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, t. II, *Derechos reales*, *op.cit.*, n°141, p. 390 ; L.G VELÁSQUEZ JARAMILLO, *Bienes*, *op. cit.*, p. 325 et s. ; F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, *op. cit.*, n° 52, p. 123 ; F. VÉLEZ, *Estudio sobre el derecho civil colombiano, actualizado y complementado con comentarios de jurisprudencia por Jairo López Morales*, t. III, *op. cit.*, p. 117-153. La thèse selon laquelle la tradition serait un accord de volontés ayant pour objet la disposition d'un bien semble être confortée par les articles 740 et suivants du Code civil colombien. Ces articles disposent en effet sur les conditions de validité et d'efficacité de la tradition, à l'instar des conditions prévues pour les contrats en général, et plus précisément celles concernant le nécessité d'un consentement libre de vices du *tradens* et de l'*accipiens*.

³⁸⁷ Cette question est fréquente au sein des systèmes juridiques où il s'opère clairement et expressément la distinction entre le titre ou acte causal du transfert, et le mode ou acte de tradition. Voir à propos de l'incidence du système général du transfert des biens dans l'analyse de la nature juridique de la cession de créances : R. SALEILLES, *La théorie générale de l'obligation*, *op.cit.*, n° 93, p. 83-84 ; L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, t.II, *Las relaciones obligatorias*, 4^e éd., Civitas, Madrid, 1993, n° 4, p. 805 : « *Compte tenu du fait que le transfert patrimonial de la propriété et des autres droits réels, en notre droit positif, requiert non seulement un accord servant de cause au transfert mais également un acte spécifique de transfert, il s'explique que la doctrine s'interroge à propos du rôle qu'accomplit la cession dans ce processus d'acquisition des biens* ».

³⁸⁸ Voir à ce propos : M. REQUEJO ISIDRO, *La cesión de créditos en el comercio internacional*, Universidad de Santiago de Compostela, 2002, nos 18-21, p. 36-40 ; M.-E. CAMACHO LÓPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, *op. cit.*, p. 293.

³⁸⁹ V. *supra* n° 133.

³⁹⁰ V. *infra* n° 208 s.

³⁹¹ Dans l'avant projet de réforme du droit des contrats élaboré sous la direction de F. Terré, les auteurs avaient déjà proposé de consacrer le transfert de propriété comme étant un effet légal du contrat : Ph. REMY, « L'effet translatif », in *Pour une réforme du droit des contrats*, François Terré (dir.), Dalloz, 2009, p. 250.

présente expressément le transfert comme un effet légal du contrat et non comme le résultat de l'exécution de l'obligation de donner³⁹². En outre, la disparition de toute référence à l'obligation de donner appuie cette conception du transfert en tant qu'effet légal du contrat³⁹³.

L'appréhension de la cession comme un mode d'acquisition de créance semble donc spécifique au droit colombien³⁹⁴. L'interrogation la plus importante qui attirait l'attention de la doctrine majoritaire française était de savoir si, en matière de transfert de créance, s'appliquait le principe général du transfert *solo consensu* ou si, en revanche, le législateur avait établi une exception à ce principe. En effet, certains auteurs considéraient que, conformément à l'article 1690 du Code civil alors applicable à la cession de créance, le transfert, en matière de cession de créance, était conditionné, soit à la signification de la cession, soit à l'acceptation de la cession par le débiteur³⁹⁵.

Cependant, il convient de souligner qu'un courant minoritaire de la doctrine française semblait séduit, à tout le moins avant l'ordonnance du 10 février 2016, par l'appréhension de la cession en un acte exclusivement de disposition, rejoignant ainsi la vision majoritairement admise en droit colombien³⁹⁶.

136. On peut donc constater que la discussion à propos des tentatives d'assimilation de la cession de créance à un acte translatif déterminé s'articule autour de la question de savoir si la cession s'identifie au contrat de vente ou si elle s'identifie exclusivement à un mode de transmission de créance. Certes, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont détaché la cession de créance du contrat de vente³⁹⁷. Cependant, cette circonstance n'enlève rien à l'intérêt de l'analyse de l'identification de la cession de créance à un contrat de vente. Trois raisons principales justifient cette considération. Premièrement, l'ordonnance du 10 février 2016 n'est entrée en vigueur que le 10 octobre 2016. Or,

³⁹² Voir en ce sens le nouvel article 1196 du Code civil français issu de l'ordonnance du 10 février 2016.

³⁹³ Certains auteurs soulignent que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont banni non seulement toute référence à l'obligation de donner mais également à l'obligation de faire et de ne pas faire ce qui rend moins concluant la thèse de la disparition purement et simplement de l'obligation de donner : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 533, p. 453 : « L'article 1196 frappe les esprits en ce qu'il ne mentionne plus l'obligation de donner. Certes, comme cette obligation a disparu en même temps que toute référence aux obligations de faire ou de ne pas faire, sa disparition est moins spectaculaire que prévue ».

³⁹⁴ La prise de position à propos de la nature juridique de la cession de créance, titre ou mode d'acquisition, n'est pas sans conséquences pratiques importantes. Comme on aura l'occasion de le montrer ultérieurement, la position adoptée a une incidence importante sur la détermination du moment de la naissance des obligations à la charge du cédant ainsi que sur la possibilité de reconnaître ou non la validité d'une cession de créance à titre de garantie. En effet, si on admettait que la cession n'était qu'un acte de tradition, il faudrait conclure, en suivant l'article 745 du Code civil colombien, à l'impossibilité de reconnaître la validité d'une telle opération et cela dans la mesure où la constitution d'une garantie n'a pas, en elle-même, une finalité translatrice : V. *infra* n° 208 et s.

³⁹⁵ F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, op. cit., n° 416, p. 461 : « Les formalités de l'article 1690 du Code civil apparaissent comme le mode de possession juridique des créances, parmi lesquelles figure la signification de la cession de créance intervenue au débiteur cédé. Que la signification (ou l'acceptation par le débiteur cédé dans un acte authentique) soit considérée comme un mode de possession de la créance résulte des termes mêmes de l'article 1690 (...) La signification apparaît dès lors comme le mode de mise en possession du cessionnaire de la créance, mode de mise en possession qui emporte à son profit transfert de la propriété –opposable erga omnes– de la créance à lui cédée ».

³⁹⁶ V. *infra* n° 168 s.

³⁹⁷ V. *infra* n° 268.

compte tenu de son article 9 selon lequel « *les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne* »³⁹⁸, les cessions de créance conclues avant le 10 octobre 2016 doivent être analysées à la lumière des dispositions traitant de la cession comme un type de vente. Deuxièmement, il est indispensable de déterminer si un tel détachement est bien-fondé ou non, mais également quelle est la véritable portée de l'abandon, par le législateur, de l'identification formelle de la cession de créance à un contrat de vente. Troisièmement, l'analyse de la cession de créance en une vente reste d'une grande utilité pour les systèmes juridiques qui continuent de l'appréhender comme un type de vente, en raison précisément de l'influence du Code Napoléon qu'ils ont connu³⁹⁹. L'examen des tentatives d'assimilation de la cession de créance à un acte translatif spécifique mérite ainsi d'être examiné sous deux angles différents : à l'étude de l'assimilation de la cession de créance à un contrat de vente (§1), succèdera celle de l'assimilation de la cession de créance à un mode de transmission (§2).

§1- L'assimilation de la cession de créance à un contrat de vente

137. Sans aucun doute, le Code Napoléon a eu une incidence déterminante dans l'assimilation de la cession de créance à un contrat de vente⁴⁰⁰. La présentation de son rôle fondamental s'impose (A), suivie par une analyse des raisons qui appuient une telle conception (B).

A- Le rôle fondamental du Code Napoléon

138. Le Code Napoléon traitait de la cession de créance dans un chapitre huitième, intégrant un titre sixième consacré au contrat de vente. Cette présentation ne laissait place à aucun doute à propos de la nature juridique de la cession : une vente spéciale en raison de son objet, la créance⁴⁰¹. Outre cette place accordée à la cession de créance, le langage utilisé par le législateur révélait une confusion entre la cession de créance et le contrat de vente. La lecture de l'ancien article 1692 du Code civil français et de l'article 1693⁴⁰² du Code civil français dans sa version originale en témoigne.

139. Cette identification de la cession de créance à un contrat de vente était défendue par un nombre important d'auteurs classiques. Certes, ils reconnaissaient qu'une telle conception était

³⁹⁸ Voir l'ordonnance du 10 février 2016 publiée au Journal officiel du 11 février 2016.

³⁹⁹ V. *infra* n° 142.

⁴⁰⁰ Cela ne signifie pour autant pas qu'une telle tendance soit absente de la législation colombienne. Il est à cet égard assez révélateur que le législateur colombien, dans les nouvelles dispositions concernant les garanties mobilières, se réfère au « cédant ou vendeur » de factures.

⁴⁰¹ I. TOSI, *Acte translatif et titularité des droits*, Préf. M.-L. Mathieu-Izorche, LGDJ, 2006, n° 9, p. 5 : « *Les créances, notamment, peuvent ainsi faire l'objet de contrats de cession, qui ne sont rien d'autres que des ventes de biens incorporels* ».

⁴⁰² Rappelons qu'à partir du 1^{er} octobre 2016, la rédaction de l'article 1693 du Code civil est la suivante : « *Celui qui vend un droit incorporel doit en garantir l'existence au temps du transport, quoi qu'il soit fait sans garantie* ».

restreinte au regard de celle qui avait cours à l'époque du droit romain, mais cela ne les empêchait pas d'affirmer qu'à la lumière du droit positif français, l'analyse de la cession de créance de droit commun en une vente ne devait pas à être remise en question⁴⁰³.

140. Par ailleurs, les travaux préparatoires du Code civil semblent conforter cette vision restrictive. Les mots prononcés par le tribun Galli lors de la présentation, devant le Corps législatif, du Titre XI du Livre III du projet du Code civil relatif à la vente sont à cet égard évocateurs : « *Indépendamment des choses mobilières et immobilières, il est une troisième espèce de biens, celle des créances et autres droits incorporels. Cette espèce de biens est de la création de l'homme ; elle est dans le commerce comme tous les autres biens. Elle est conséquemment susceptible d'être vendue, cédée et transportée* »⁴⁰⁴. Il en est de même des termes employés par Faure dans son rapport au Tribunal lors de la séance du 12 ventôse an XII : « *Lorsqu'une créance ou autre droit incorporel est vendue ou cédée, les accessoires de la créance s'y trouvent compris* »⁴⁰⁵.

Plus suggestives encore sont les paroles prononcées au Tribunal par Grenier à l'occasion de la séance du Corps Législatif du 15 ventôse an XII pour se référer au transport des créances : « *Indépendamment des meubles et des immeubles, il y a une troisième espèce de propriété qui peut faire l'objet de la vente : ce sont les créances ou autres droits incorporels. La vente ou cession de cette espèce de biens tient à des principes particuliers, qui sont établis par le projet de loi sur des bases certaines, et qui étaient posées par des lois existantes* »⁴⁰⁶.

141. De plus, même s'il ne s'agit pas d'une tendance majoritaire, une partie de la doctrine contemporaine française continue de défendre la pertinence de l'analyse de la cession de créance en une vente. Par exemple, l'auteur d'une thèse récente, M. Laurent⁴⁰⁷, condamne le détachement de la cession de créance du contrat de vente qui était opéré dans les différents avant-projets de réforme du

⁴⁰³ Th. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t.I, *op. cit.*, n° 124, p. 168 : « Dans un sens plus restreint le mot cession est synonyme de vente, c'est la venditio nominis, le contrat de vente ordinaire ayant pour objet une créance, ou un autre droit incorporel. C'est là le point de vue du droit français, du Code civil. C'est en effet dans le titre de la vente que le Code civil traite de la cession sous un chapitre ayant pour rubrique : Du transport des créances et autres droits incorporels » ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique du droit civil*, t. XIX, *De la vente et de l'échange*, *op. cit.*, n° 749, p. 795 : « Vente, cession, transport, sont des expressions équivalentes ; si le mot vente est plus spécialement employé pour désigner les ventes de choses corporelles, et les mots transport et cession pour désigner celles de choses incorporelles, ce ne sont que des différences d'usage, non des différences d'idées. Cette différences dans la terminologie s'étend à la désignation des parties elles-mêmes : le vendeur d'une chose incorporelle est appelé cédant, l'acheteur cessionnaire » ; E. GUERIN, *Du transport-cession*, thèse Caen, 1879, p. 57 : « On peut définir le transport des créances un contrat (sic) par lequel une personne (le cédant) transmet à une autre (le cessionnaire) la propriété d'une créance moyennant un prix que celle-ci s'oblige à payer. C'est une véritable vente, et, par suite, elle doit être régie par les principes généraux en matière de vente » (nous soulignons).

⁴⁰⁴ LOCRE, « Rapport fait au Tribunal par M. Galli », *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, t. XIV, 1828, n° 47, p. 184 (nous soulignons).

⁴⁰⁵ LOCRE, « Rapport fait au Tribunal par M. Faure », *op.cit.*, n°31, p. 219. (nous soulignons).

⁴⁰⁶ LOCRE, « Rapport fait au Tribunal par M. Grenier », *op.cit.*, n° 36, p. 255. (nous soulignons).

⁴⁰⁷ J. LAURENT, *La propriété des droits*, Préf. Th. Revet, LGDJ, 2012, n° 436, p. 343 : « On regrettera donc que l'avant-projet de réforme du droit des obligations semble vouloir se départir de cette approche [moniste] de la cession de créance, puisqu'il l'insère dans son chapitre VI intitulé « Des opérations sur les créances », lui-même compris dans un sous-titre I « Du contrat et des obligations conventionnelles en général ». Cette inclusion la rapproche d'autres opérations impliquant les créances, comme la subrogation personnelle, la délégation, ou encore la novation, tandis qu'elle tend à voir dans la cession de créance, non une variété de vente, mais une opération spécifique, éloignée dont d'une approche analogique de droit des biens ».

droit des obligations⁴⁰⁸. Selon cet auteur, une telle rupture témoignerait de la remise en cause de la nature juridique de la créance en tant que bien objet de propriété. Le risque le plus important serait la méconnaissance du lien existant entre la cession de créance et l'acquisition dérivée de la propriété.

142. Il convient de souligner que ce lien fort entre la cession de créance et la vente semble être l'œuvre exclusive du Code Napoléon. Certes, d'autres systèmes juridiques, tant européens que latino-américains, traitent de la cession de créance de droit commun dans le cadre de la réglementation relative au contrat de vente ; cependant, le fait que tous ces systèmes aient été influencés par la codification napoléonienne est assez révélateur.

Parmi les Etats européens, on peut citer les cas de l'Espagne, de la Belgique et du Luxembourg. En ce qui concerne le Code civil espagnol, même s'il n'est pas possible d'affirmer qu'il soit une simple copie du Code Napoléon, il est vrai qu'il a été fortement influencé par celui-ci. Cette inspiration explique le traitement de la cession dans le cadre de la législation et de la réglementation consacrées au contrat de vente⁴⁰⁹. En ce qui concerne le Code civil belge⁴¹⁰ et le Code civil du Luxembourg⁴¹¹, il s'agit dans les deux cas d'une pleine adoption de la codification napoléonienne.

Par ailleurs, même si les dispositions relatives à la cession de créance dans le droit belge comme dans le droit luxembourgeois ont subi certaines modifications, concernant notamment l'opposabilité de la cession à l'égard du débiteur cédé ainsi que des tiers⁴¹², les législateurs ont préservé la place de la cession de créance parmi les règles relatives à la vente.

En ce qui concerne les systèmes juridiques latino-américains, le traitement de la cession de créance comme un type de vente résulte, soit d'une réception directe du Code civil français comme

⁴⁰⁸ En effet, aucun des avant-projets de réforme du droit des obligations qui ont été rédigés avant l'ordonnance du 10 février 2016 ne traitait de la cession de créance comme d'un type de vente. L'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, rédigé sous la direction de P. Catala traitait de la cession de créance dans un chapitre intitulé « *Des opérations sur les créances* ». En ce qui concerne l'avant-projet de réforme du droit des obligations rédigé sous la direction de M. Terré, la cession de créance y était traitée dans un chapitre spécial consacré à la transmission des obligations. Il en était de même à propos des différents projets présentés par la Chancellerie.

⁴⁰⁹ La cession de créance (art. 1526 à 1536) est régie dans un chapitre VII d'un titre IV concernant la vente. La lecture de ces dispositions révèle qu'à l'instar des rédacteurs du Code Napoléon, le législateur espagnol emploie les termes « cession » et « vente » comme des synonymes.

⁴¹⁰ À propos de l'influence du Code Napoléon en Belgique : HANSENS, « Le Code civil en Belgique », *Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire*, Dalloz, 2004, p. 681-722. En effet, les textes classiques du Code civil belge régissant la cession de créance étaient issus du Code Napoléon.

⁴¹¹ Sur l'influence du Code Napoléon au Luxembourg : P. RUPPERT, « Modifications apportées au Code civil dans le Grand-Duché de Luxembourg », *Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire, op.cit.*, p. 791-803 ; M. GRIMALDI, « L'exportation du Code civil », *Pouvoirs*, 2003-4, n° 107, p. 80-96.

⁴¹² En ce qui concerne le droit belge : par la loi 1994-07-06/32, le législateur a introduit quelques modifications concernant l'opposabilité aux tiers autres que le débiteur cédé. De plus, par la loi 2006-07-20/39, le législateur a modifié quelques dispositions relatives à l'opposabilité de la cession au débiteur de la créance cédée. En droit luxembourgeois : certaines modifications ont été introduites concernant l'opposabilité de la cession à l'égard des tiers ainsi qu'à l'égard du débiteur cédé par une loi du 21 décembre 1994.

dans les cas d'Haïti et de la République Dominicaine, soit d'une réception indirecte comme au Venezuela⁴¹³.

143. Cette assimilation de la cession de créance au contrat de vente ne s'impose néanmoins pas avec la force de l'évidence. Un regard sur d'autres systèmes juridiques n'ayant pas subi une influence déterminante du Code Napoléon montre que celle-ci peut être appréhendée différemment. Certaines législations analysent la cession en un acte abstrait de disposition, le droit allemand en est le modèle⁴¹⁴ ; d'autres systèmes juridiques l'envisagent comme un contrat indépendant de la vente⁴¹⁵. La récente réforme opérée en droit français par l'ordonnance du 10 février 2016 rapproche le droit français de cette dernière configuration⁴¹⁶.

Or, la place accordée par les législateurs aux dispositions réglementant la cession de créance n'est pas sans conséquences importantes⁴¹⁷. Par exemple, la réglementation de la cession en tant que contrat de vente en droit français était l'une des raisons fréquemment invoquées afin de justifier la distinction entre la cession de créance et la subrogation conventionnelle consentie par le créancier : alors que la cession de créance, type de vente, serait un acte essentiellement spéculatif, la subrogation personnelle, ayant pour fondement un paiement, serait un « service d'ami » ou acte de bienveillance⁴¹⁸.

⁴¹³ Le Code civil vénézuélien a été influencé par le Code civil italien de 1865 lequel s'était inspiré du Code Napoléon. Voir à propos de l'influence du Code Napoléon dans l'appréhension de la cession de créance comme une sorte de vente en droit vénézuélien : A. De JESUS O., *La cesión de créditos, contribución a una teoría jurídica de la cesión de créditos en el marco del derecho general de las obligaciones*, Caracas, 2002, p. 23 ; P. SAGHY, « La cession particulière de créances », in *La transmission de l'obligation*, R. Ibarra Garza et Ch. Larroumet (dir.), Editions Panthéon-Assas, colloques, 2017, n° 22, p. 16. D'une façon générale à propos de l'influence du Code Napoléon en Italie : G.-P. CHIRONI, « Le Code civil et son influence en Italie » trad. De M.R. Saleilles, *Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire*, Dalloz, 2004, p. 761- 777.

⁴¹⁴ V. *infra* n° 164 s.

⁴¹⁵ La réglementation de la cession de créance en tant que contrat indépendant de la vente peut obéir à deux modalités différentes : soit la cession est traitée au sein du régime général des obligations comme dans les cas du droit italien (Code civil italien, articles 1260 à 1267) ou du droit mexicain (Code civil fédéral, articles 2029 à 2046) ; soit la cession est traitée dans le domaine des contrats spéciaux comme dans le cas du droit argentin (c'était le cas dans l'ancien Code civil (articles 1434 à 1484) et c'est le cas dans le nouveau Code civil et commercial qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 dans lequel la cession de créance est traitée aux articles 1614 à 1631 faisant partie d'un Titre IV relatif aux « contrats en particulier »).

⁴¹⁶ Nous aurons l'occasion d'approfondir cet aspect lors de l'étude de l'originalité de la cession en tant que contrat générique de disposition.

⁴¹⁷ Une telle interrogation ne semble intéresser que la doctrine des pays où le législateur a modifié la place accordée aux dispositions régissant la cession de créance. Le droit péruvien en témoigne : F. VIDAL RAMIREZ, *La cesión de derechos en el código civil peruano*, 1^e éd., Gaceta jurídica, Perú, 2007, n° 10, p. 25 : « L'innovation introduite par le Code civil de 1984 en disposant à propos de la cession des droits dans le livre des obligations ne doit pas être considérée comme étant simplement d'ordre systématique, et cela parce que même si ladite cession avait été déjà réglementée dans le livre des obligations et des contrats sous le Code civil de 1936, le législateur l'avait traitée, à cette époque-là, comme étant un contrat nommé, ce qui n'est plus le cas sous la législation actuelle. L'innovation tient alors à l'attribution d'une nature juridique différente. Même si les contrats sont une espèce d'acte juridique, la cession de droits est un acte juridique typique et nommé par lequel il est fait le transfert d'un droit engendré par un titre distinct, c'est-à-dire, par un acte juridique précédent à l'acte juridique par lequel la cession de droits est faite ». En ce qui concerne le droit italien : R. ALESSI et V. MANNINO, *La circolazione del credito*, t. I, *Cessione « factoring » cartolarizzazione*, Cedam, 2008, n°1, p. 4 : « La place accordée à la cession de créance à l'intérieur du contrat de vente, conformément au modèle français adopté par le Code civil abrogé, se traduisait dans une mise en relief du fait constitutif du transfert. Cependant, il doit être précisé que malgré la prise en compte de la cession comme une sorte de vente, ni le droit français ni le droit italien n'ont jamais méconnu la possibilité que le transfert de la créance puisse obéir à une cause différente de celle de la vente. De tout façon, le changement opéré par le Code civil italien de 1942, consistant dans le détachement de la cession de créances d'un type contractuel spécifique, révèle que le législateur a voulu mettre l'accent sur la succession à titre particulier dans la créance au lieu de le faire sur le fait constitutif du transfert ».

⁴¹⁸ V. *infra* n° 238. Cet argument, afin de distinguer entre les deux mécanismes, est aussi invoqué dans d'autres systèmes juridiques. Voir en droit québécois par exemple : D. LUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations, op.cit.*, n° 3161, p. 1990.

144. Le constat du rôle essentiel du Code Napoléon dans l'assimilation de la cession de créance à un contrat de vente doit être complété par l'examen des possibles justifications de cette position.

B- Les justifications possibles

145. Certains auteurs soulignent que l'assimilation de la cession de créance à un contrat de vente dans le Code Napoléon obéirait à une simple erreur de méthode⁴¹⁹. Une telle explication semble toutefois peu convaincante. Quelques raisons d'ordre historique (1) et d'opportunité (2) peuvent éclairer ce choix.

1- Raisons d'ordre historique

146. L'existence de nombreuses références relatives à la cession de créance dans les textes du *Digeste*, mais également dans certains ouvrages de juristes romains, pourraient expliquer le choix des rédacteurs du Code Napoléon⁴²⁰. Cette circonstance obéirait au caractère fréquent du transfert de créance se réalisant à travers un acte à titre onéreux ainsi qu'aux problématiques particulières que ce type de transfert posait.

Par exemple, certains auteurs signalent que l'achat de créances de recouvrement difficile à de très bas prix était devenu un phénomène assez courant durant le Bas-Empire romain. Cette situation se serait accompagnée d'inconvénients pratiques importants et aurait justifié l'intervention de l'Empereur Anastase par le biais d'une constitution en l'an 506. Cette loi était destinée à décourager la spéculation en permettant au débiteur de la créance cédée de se libérer valablement en remboursant au cessionnaire le prix que celui-ci avait payé pour la créance⁴²¹. Le bénéficiaire ainsi reconnu au débiteur

⁴¹⁹ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *Régime général de l'obligation, théorie des preuves*, Bruylant, 2010, n° 1286, p. 1815.

⁴²⁰ En effet, le Livre XVIII du *Digeste* traite de la vente des droits successifs ou d'une créance. Ce livre fait partie du Titre IV dédié au traitement du contrat de vente : *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, traduits en français par M. HULOT, t. II, Rondonneau, 1804. Dans le même sens en droit italien : S. CUGIA, *Corso di Diritto Romano « La Nozione della Cessione del Credito e della Azione »*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 83; M.-E. CAMACHO LOPEZ, « Problemáticas jurídicas del contrato de factoring, asociadas a su construcción dogmática a partir de la figura de la cesión de créditos, con particular atención a la experiencia italiana », *Revist@ e-mercatoria*, vol. 10, n° 1, janvier-juin, 2011, p.8: « *Le scénario de la cession de créances comme fondement du factoring en Espagne a le défaut, il est possible de l'affirmer, d'une systématique fortement attachée aux origines de la cession en droit romain, dans lequel la grande partie de son traitement figurait dans le Livre du Digeste dédié à l'étude de la vente* » ; M.-E. CAMACHO LOPEZ, *Cesión de créditos : del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, op.cit., p. 75: « [...] *Le contrat de vente est précisément le point de départ car les fragments les plus anciens concernant la relation causale de la cession sont relatifs à ce contrat. Il est certainement probable que la cession de créances à titre particulier comme conséquence de la vente des créances ait pu avoir son origine dans la vente des droits successifs puisque l'héritage pouvait comprendre non seulement des biens corporels mais également des biens incorporels tels qu'une créance. En effet, pour l'accomplissement de ladite vente il était nécessaire une cession d'action à travers le mécanisme de la représentation procesuelle* » ; E. JALANQUES, *De la cession des créances en droit romain*, thèse Paris, 1878, p. 47.

⁴²¹ Cette constitution a été compilée dans le Code Justinien C. 4, 35, 22 : « *Par divers rapports qui nous ont été faits, nous avons découvert que certaines personnes poussées par le désir de posséder le bien d'autrui, s'empresaient de se faire faire en leur faveur des cessions*

de la créance cédée était limité aux cas où le cessionnaire avait acquis la créance au titre d'une vente, le but de cette mesure étant d'éviter les opérations spéculatives d'usuriers.

La lecture de certains textes romains révèle également l'existence de nombreuses dispositions particulières concernant la vente de créances ; règles spéciales à côté de celles relatives à la vente de choses corporelles ou incorporelles, tels les droits successifs. À titre d'exemple, on peut mentionner la garantie de l'existence de la créance à la charge du vendeur de celle-ci, question qui était au cœur des discussions des juristes romains⁴²².

Enfin, il est intéressant de mentionner une constitution d'Honorius et de Théodose édictée en l'an 422 interdisant de céder des créances à une personne plus puissante -*potentior*- (constitution, 2, 13, 2)⁴²³. Même si la doctrine n'est pas unanime à propos de la finalité d'une telle interdiction, certains auteurs considèrent qu'elle aurait été prévue afin d'empêcher des abus de la part de personnes puissantes qui pouvaient profiter de l'achat de créances à des prix bas en ayant recours à toutes sortes de pression sur le débiteur⁴²⁴.

147. Outre les nombreuses références à la cession de créance dans les textes romains relatifs à la vente, l'assimilation de la cession à la vente pourrait aussi s'expliquer par l'influence d'auteurs

*d'actions compétentes à d'autres ; que par ce moyen les plaideurs devenaient les victimes de quantité de vexations. Comme il est certain qu'à l'égard des obligations non douteuses ceux qui ont intérêt sont plutôt dans l'intention de revendiquer leurs droits que de les céder à d'autres, nous ordonnons, par cette loi, que désormais de pareils attentats soient réprimés. Il n'est aucun doute qu'on n'entende par acheteurs de procès d'autrui ceux qui cherchent à engager les plaideurs à faire la cession de leurs procès en leur faveur : c'est pourquoi si quelqu'un, après avoir donné un certain prix s'est fait faire une pareille cession, qu'il ne lui soit permis d'exercer les actions qu'il a achetées que jusqu'à concurrence de la somme qu'il en a donnée pour tenir lieu de prix et des intérêts, quand même on aurait donné au titre de la cession le nom de vente. Nous exceptons de ces dispositions les cessions qu'il arrive souvent que les cohéritiers se font des actions héréditaires » : P.-M. TISSOT, *Les douze livres du Code de l'empereur Justinien* traduits par P.-M. Tissot, t. II, 2^e éd., Behmer, 1807 (nous soulignons). Voir à propos de la finalité générale d'une telle constitution : R. MONIER, *Manuel élémentaire de Droit Romain*, t. I, 6^e éd., Domat Montchrestien, 1947, n° 192, p. 264.*

⁴²² D. 18, 4, 4 : M. HULOT, *Les cinquante livres du Digeste ou des pandectes de l'Empereur Justinien traduits en français par M. Hulot*, t. II, *op. cit.*, : « Lorsqu'on vend une créance, Celse écrit que le vendeur n'est pas obligé de garantir que le débiteur est solvable, mais seulement qu'il est véritablement débiteur, à moins qu'il n'y ait à cet égard une convention expresse des parties (Ulpien au livre 32 sur l'Édit) ; L.-A. MALECOT, *De la cession des créances en droit romain et en droit civil*, thèse Paris, Gustave Retaux, 1868, p. 19 : « Dans ses rapports avec le cessionnaire, le cédant était un vendeur : aussi comme tout vendeur, il devait garantir. Mais par exception, l'obligation de garantie dans l'hypothèse spéciale qui nous occupe, n'avait pas la même étendue que dans les ventes ordinaires. Frappées du peu de faveur que mérite, en général, l'acheteur des créances, les juristes romains, comme l'ont fait depuis les législateurs français, ne voulurent point que le vendeur répondît et de la solvabilité présente et de la solvabilité future du débiteur, ils exigèrent seulement qu'il garantît l'existence au moment de la cession » (nous soulignons).

⁴²³ R. MONIER, *Manuel élémentaire de Droit Romain*, t. I, *op. cit.*, n° 192, p. 264 ; P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, *op. cit.*, p. 782 ; P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, t. I, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 215, p. 237 ; G. SUREAU, *De la cession de créances en droit romain et en droit civil français*, thèse Paris, 1878, p. 25.

⁴²⁴ S. MONCAYO RODRÍGUEZ, « La cesión de créditos litigiosos *ad potentiorum* Romana y su recepción en el Derecho civil mexicano », *Revista letras jurídicas*, n° 24, 2011, p. 10. Pour une analyse approfondie de l'interdiction de la *cessio in potentiorum* en droit romain : M.-E. CAMACHO LÓPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, *op. cit.*, p. 230 et s.

considérés comme les « pères du Code Napoléon »⁴²⁵. Par exemple, Bourjon⁴²⁶ et Domat⁴²⁷ se réfèrent à la cession de créance dans leurs études générales sur la vente. Pothier, pour sa part, dédie tout un chapitre de son *Traité du contrat de vente* à une analyse assez précise de la cession de créance⁴²⁸. Ces réflexions ont pu être interprétées comme une spécialisation progressive de la vente de créance par rapport à la vente en général.

148. D'autres auteurs soutiennent que le rapport genre-espèce caractérisant le contrat de vente et la cession de créance s'expliquerait par la distinction classiquement opérée entre les choses et les droits, résultat d'une appréhension objective de la propriété. La vente serait ainsi le contrat permettant le transfert de choses corporelles en tant qu'objets de propriété alors que la cession ne serait qu'une espèce de vente car elle permettrait d'accomplir la même fonction translatrice mais à l'égard de droits⁴²⁹.

149. À côté des justifications historiques évoquées, d'autres, cette fois d'ordre pratique, semblent aussi conforter l'analyse de la cession de créance en une forme particulière de vente.

⁴²⁵ Il est intéressant de constater la position de certains auteurs français qui justifient le traitement de la cession de créance comme une sorte de vente en arguant que ce rapprochement correspondrait à la tradition de l'Ancien droit : J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, op.cit., n° 314, p. 345 : « Suivant la tradition de l'ancien droit, les rédacteurs du Code civil ont traité de la cession de créance au titre de la vente et ils lui ont consacré les articles 1689 à 1701 ».

⁴²⁶ F. BOURJON, *Le droit commun de la France et de la coutume de Paris réduits en principes*, t. I, Paris, Grangé et Cellot, 1770 où cet auteur traite de la cession de créance au titre III intitulé « De la vente des choses incorporelles », plus précisément dans une section I relative à la façon par laquelle on les acquiert et qui peut les vendre. (article 108 de la coutume de Paris). Du livre III « comment les biens s'acquièrent ».

⁴²⁷ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. I, 2^e éd., Paris, Aboïn, Emery & Clouzier, 1647, p. 160 : À propos de la garantie de droit dans la vente de droits (XXIV) : « Comme dans les ventes des meubles & des immeubles, la garante naturelle oblige à délivrer, & garantir une chose qui soit in nature ; ainsi dans les ventes ou cessions de droits comme d'une dette, d'une action ou d'une hérédité, la garantie naturelle oblige à transporter un droit qui subsiste, une dette qui soit due, une hérédité qui soit échoué, une action qu'on puisse exercer ». Dans le même ouvrage l'auteur fait référence à la cession de créance comme une espèce de vente, op. cit., p. 449 : « [...] Mais comme cette matière de transports n'est pas de ce lieu (Procurations), & qu'il en a été parlé dans le contrat de vente, dont la cession des droits est une espèce » (nous soulignons).

⁴²⁸ R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, Œuvres de Pothier par M. Bugnet, 2^e éd., Paris, Cosse et Marchal, 1861, n° 550 et s. : La cession de créances est traitée dans un chapitre IV intitulé « De la vente des rentes et autres créances ».

⁴²⁹ R. NERSON, « Exercices de vocabulaire », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, Paris, 1966, p. 613-615 : « La cession (à titre onéreux) du droit de propriété, est assimilable le contrat à titre onéreux servant à transférer un droit autre que le droit de propriété (usufruit, servitude, créance, brevet) mais la terminologie est flottante (...). Cette rédaction est vicieuse puisqu'il est fait mention de droits incorporels mais le législateur après avoir écarté l'emploi du mot « vente » pour désigner la cession d'un droit autre qu'un droit de propriété, utilise pourtant les mots « vente » et vendre. Un auteur canadien, M. Farreau critique (*La vente*, Otawa, 1950) cette vision d'une vente qui n'assurerait un transfert de la propriété ; pour lui la vente est le contrat en vertu duquel l'acheteur acquiert d'un vendeur, contre argent la propriété d'un bien. Ainsi la définition est claire : parmi les cessions de droits, la vente, stricto sensu, est une espèce du genre, la cession portant sur un droit de propriété et le transfert de propriété est bien un élément spécifique de la vente proprement dite » ; Ph. RENUSSON, *Traité de la subrogation*, 3^e éd., Paris, 1723, chap. II, n° II : « La cession & transport est une véritable vente qui se fait par un créancier qui dispose de ce qui lui est dû ; & elle est ainsi appelée dans les textes de Droit romain vendre, se dit ordinairement pour les choses corporelles ; on dit vendre un cheval, vendre un héritage, vendre une maison. Céder & transporter, se dit pour les choses incorporelles, pour les droits et actions que constituent in jure » (nous soulignons).

2- Raisons d'opportunité

150. Tout d'abord, l'analyse de la cession en une vente pourrait être justifiée par la volonté de lever les éventuels doutes sur le véritable caractère transmissible des créances par actes entre vifs. L'assimilation de la cession de créance à la vente rendrait le retour à l'acceptation de la cession comme une sorte de mandat spécial, en raison de son origine dans le mécanisme de la *procuratio in rem suam* du droit romain, moins probable⁴³⁰.

En effet, une partie de la doctrine espagnole et latino-américaine met en exergue le fait que dans la législation des *Siete Partidas* d'Alphonse X le Sage, transparaissent encore certains doutes sur la possibilité de céder les créances. Le dispositif connu se rapprochait vraisemblablement davantage d'une procuration⁴³¹. Au XIX^e siècle, la discussion sur l'existence ou non d'une transmissibilité des créances entre vifs connut un renouveau. En droit allemand par exemple, la doctrine de Mühlenbruch selon laquelle les créances ne pouvaient faire véritablement l'objet d'un transfert a été significative. Cet auteur affirmait le besoin d'avoir recours à un mandat⁴³².

151. Par ailleurs, l'appréhension de la cession de créance comme un type de vente pourrait s'expliquer par l'attractivité de la vente. En effet, celle-ci est considérée comme le modèle-type des actes translatifs et l'essence de toutes les relations commerciales⁴³³. Il s'agirait aussi du contrat le plus

⁴³⁰ En ce sens: J. GIORGI, *Teoría general de las obligaciones en el derecho moderno expuesta conforme a la doctrine y a la jurisprudencia italiana, francesa y alemana*, t. II, vol. 6, 1911, Reus, Madrid, n° 51, p. 83.

⁴³¹ Les *Siete Partidas* d'Alphonse X le Sage, corps législatif formé en Castille entre 1256 et 1265 avec l'objectif d'uniformiser la législation à l'intérieur du royaume, reçoit la doctrine des glossateurs et reprend le mécanisme romain de la *procuratio in rem suam* en tant qu'instrument pour la cession à titre particulier de créances. Voir sur ce point : M. GARCÍA AMIGO, *Lecciones de derecho civil*, t. II, *Teoría general de las obligaciones y contratos*, 1995, Madrid, McGraw-Hill, p. 557 ; R.-H. COMPAGNUCCI DE CASO, *Cesión de créditos*, 2002, La Ley, p. 9 : « D'un autre côté, la Partie III. 18. 64, même si elle commençait par admettre le transfert, prévoyait que le cédant rendait au cessionnaire « procureur » pour demander le paiement de la dette. Cela permet donc de déduire que le créancier originaire gardait la titularité de la créance, bien que la procuration « venditionis causa » était irrévocable, aspect qui donnait une plus grande sécurité au cessionnaire » ; F. VELEZ, *Estudio sobre el derecho civil colombiano corregida y aumentada por el autor y por Luis Angel Arango*, t. VII, *op. cit.*, n° 425, p. 322 ; J.-V. GAVIDIA SANCHEZ, « La formación del sistema francés codificado de cesión de créditos », in *Anuario de derecho civil*, vol. 43, n° 4, 1990, p. 1098 : « Il faut noter que, d'après cet auteur, les glossateurs ont maintenu l'intransmissibilité des créances et ils l'ont fait de façon plus énergique que celle des romains (...). Il n'est donc pas étrange que dans les « Partidas » aient été maintenues les anciennes fictions du droit romain et qu'il soit supposé que le cessionnaire ne puisse exercer l'action ou le droit cédé qu'en tant que mandataire ou procurateur in rem suam du cédant ».

⁴³² Voir à propos de la conception de Mühlenbruch relative à l'intransmissibilité des créances : E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, *op.cit.*, n° 33, p. 27 ; R. SALEILLES, *La théorie générale de l'obligation*, *op. cit.*, n° 77, p. 68 : « En France nous avons admis depuis longtemps l'idée d'une transmissibilité active ; et la légitimité de la cession de créances ne se discute plus ; en Allemagne, elle se discute encore. Il y a actuellement un parti nombreux qui la repousse comme contraire à l'essence de l'obligation et qui veut en revenir à une simple cession de l'action ou à l'ancienne novation » ; R. ZIMMERMANN, *The law of obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co, Lta, C.H. Beck, 1990, p. 64. Il est assez révélateur que même Pothier fit référence à la situation du cessionnaire comme étant celle d'un *procurator in rem suam* : R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, Préf. J.-L. Halperin, rééd. 2011, Dalloz, n° 605, p. 299 : « Le transport que fait un créancier à quelqu'un de sa créance, ne contient aucune novation : c'est la même créance qui passe du cédant au cessionnaire, lequel même n'est, à proprement parler, que le procurator in rem suam du créancier qui la lui a cédée. D'ailleurs ce transport ne se passe qu'entre deux personnes, le cédant et le cessionnaire, sans qu'il soit besoin que le consentement du débiteur intervienne ». À propos d'une telle conception en droit anglais : K. H. NEUMAYER, « La transmission des obligations en droit comparé », in *La transmission des obligations*, Travaux des IX^{es} journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations, Bruxelles, LGDJ, 1980, n° 1, p. 196.

⁴³³ H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, contrats spéciaux*, 5^e éd., Litec, 2007, nos 18 et 19, p. 17-19.

usité⁴³⁴. Dès lors, il est probable que pour les rédacteurs du Code Napoléon qui ont considéré la cession de créance comme une opération translatrice, il est apparu séduisant de la rattacher au contrat de vente, acte translatif par antonomase⁴³⁵.

152. De plus, concevoir la cession de créance comme une sorte de vente permettrait de disposer, en cas de besoin, de toute une réglementation supplétive pouvant être appliquée à la cession : celle du contrat de vente. À ce propos, le débat qui a eu lieu au Québec en raison de la récente modification de la place accordée aux dispositions régissant la cession de créance est illustratif⁴³⁶. En effet, sous le régime du Code civil du Bas Canada, la cession de créance figurait dans le titre intitulé « De la vente », aux articles 1570 et suivants ; elle est aujourd'hui réglementée aux articles 1637 et suivants du Code civil du Québec. Plus précisément, la cession est prévue dans le chapitre VII intitulé « De la transmission et des mutations de l'obligation », lequel intègre le livre V relatif aux obligations. En raison de cette modification et du rattachement de la cession de créance à la théorie générale des obligations, certains auteurs affirment que la nouvelle législation limiterait la possibilité d'analyser la cession en une vente. En revanche, d'autres commentateurs soutiennent qu'indépendamment de la place de la cession dans le Code civil québécois, toutes les fois qu'elle est réalisée à titre onéreux, en comportant un prix, son analyse en une vente ne devrait pas être remise en question, justifiant l'application supplétive des règles générales relatives à la vente⁴³⁷.

⁴³⁴ LOCRE, « Rapport fait au Tribunat par M. Galli », *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des Codes français*, t. XIV, *op. cit.*, n° 49, p. 185. À propos de l'idée d'hypertrophie du contrat de vente : P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 6^e éd., Dalloz, 2015, n° 48, p. 65 ; A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 16, p. 33. Certains auteurs signalent que la vente est le premier des contrats consensuels, certainement le plus important, et qu'il a servi de modèle conduisant ainsi, parfois, à une sorte d'assimilation entre la vente et le contrat : J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, 1992, n° 107, p. 125 ; Ph. CHAUVIRE, *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens*, *op. cit.*, n° 310, p. 206 : « La vente, et particulièrement la vente d'un corps certain, est présentée comme le contrat translatif par excellence et exerce une attraction considérable sur l'analyse des contrats en général, et du transfert conventionnel en particulier » ; J. CARBONNIER, « Sociologie de la vente », *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7^e éd., LGDJ, 1992, p. 295 : « Mais le schéma vente, en ce qu'il a de plus dépourvu, peut aussi avoir par lui-même une valeur sociologique, parce qu'il permet d'atteindre l'essentiel d'un comportement plusieurs fois millénaire de l'humanité : donner de l'argent et acquérir une chose, recevoir de l'argent et abdiquer une chose ».

⁴³⁵ S. LACROIX-DE SOUSA, *La cession de droits sociaux à la lumière de la cession de contrat*, Préf. M.-E. Ancel, Fondation Varenne, 2011, n° 9, p. 31 : « Dès lors, il peut être attrayant de rattacher toute opération translatrice à cette qualification familière (pour faire référence à la vente) ». Il est intéressant de noter que même dans la note de présentation du livre « L'art de la traduction », l'accueil international de l'avant-projet de réforme du droit des obligations, sous la direction de Pierre Catala, Editions Panthéon-Assas, 2011, l'auteur signale, afin de relever les difficultés de traduction, le phénomène de la quasi-synonymie et signale le cas de la vente-cession : p. 17 : « La synonymie, quant à elle, propose plusieurs mots pour désigner la même chose. En droit, la synonymie parfaite est rare (commodat, prêt à usage). Mais il y a de quasi-synonymies en nombre plus important qui peuvent brouiller une recherche. Ex : dommage-préjudice ; bail-louage ; Vente-cession ; gage-nantissement. Dans un rapport plus lâche on trouve les analogies : sûreté, garantie ; transfert, aliénation, disposition... » (nous soulignons).

⁴³⁶ Il est particulièrement intéressant en droit français compte tenu de la réforme introduite par l'ordonnance du 10 février 2016 par laquelle la cession de créance a été formellement détachée du contrat de vente : V. *infra* n° 267 et 268.

⁴³⁷ Voir à propos de ce débat en droit québécois : Y. EMERICH, *La propriété des créances : approche comparative*, *op. cit.*, n° 450 et s. p. 256 et s. : « Ainsi, d'après le professeur Jobin, les codificateurs du XIX^e siècle voyaient la cession de créance comme une espèce particulière de vente. Le législateur de notre temps la considère plutôt comme un mode de transmission ou de mutation de la créance, au même titre que la subrogation, la novation et la délégation de paiement. Dès lors, « les nouvelles dispositions sur la vente ne sauraient s'appliquer automatiquement, de façon supplétive, à la cession de créance », en raison de la nouvelle place qu'occupe la cession de créance dans le Code civil du Québec et en raison des différences de régimes juridiques qui les caractérisent ».

Ce débat paraît conforter l'idée que le rattachement de la cession de créance au contrat de vente serait pertinent afin de pouvoir compter sur un régime subsidiaire permettant de combler les éventuelles lacunes de la réglementation spécifique à la cession.

153. Cette conception de la cession de créance en une vente conformément à la vision inspirée par le Code Napoléon est donc assez répandue. Cependant à côté de cette appréhension, une autre approche envisage la cession de créance exclusivement comme un acte de disposition.

§2- L'assimilation de la cession de créance à un acte exclusivement de disposition

154. L'analyse de la cession de créance en un acte exclusivement de disposition correspond à la conception majoritairement admise par la doctrine colombienne. Cependant, une partie de la doctrine française semble aussi partager cette approche. Par conséquent, il convient, dans un premier temps, de s'attarder sur cette assimilation explicite en droit colombien (A) ; avant d'aborder, dans un second temps, les signes d'une conception de la cession en un acte exclusivement de disposition en droit français (B).

A- Une assimilation expresse en droit colombien

155. Trois positions relatives à l'appréhension de la cession de créance uniquement comme un mode d'acquisition méritent d'être soulignées. Alors que certains auteurs identifient pleinement la cession à l'acte de tradition (1), d'autres considèrent que la première n'est qu'une espèce de la seconde (2). En outre, et bien qu'il s'agisse d'une position isolée au sein de la doctrine colombienne, un auteur défend l'idée que la cession est un acte réel et abstrait de disposition de la créance, à l'instar des actes réels du droit allemand (3). Il convient d'examiner les fondements ainsi que la portée de chacune de ces approches.

1- L'identification de la cession de créance à un acte de tradition

156. L'identification de la cession de créance à l'acte de tradition trouve son origine dans le droit chilien⁴³⁸. Une telle conception a été adoptée et répandue en droit colombien à travers les travaux

⁴³⁸ A. ALESSANDRI RODRIGUEZ, *Derecho civil de los contratos*, Editorial Zamorano y Caperan, Santiago de Chile, 1976, p. 149 : « La cession et tradition d'une créance sont une seule et même chose : la cession joue dans le droit le même rôle de tradition des créances ou des droits personnels [...] Il est nécessaire que la cession, autrement dit, la tradition des droits personnels, soit précédée d'un titre qui sera le contrat en raison duquel le cédant s'oblige à transférer la propriété au cessionnaire ». ; A. ALESSANDRI RODRIGUEZ et M. SOMARRIVA UNDURRAGA, *Curso de derecho civil basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile, redactado y puesto al día por A. Vodanovic*, t. II, *De los bienes*, 2^e éd., Nascimento, Santiago de Chile, 1957, n° 616 à 618, p. 424 et s. ; G. FIGUEROA YAÑEZ, *El patrimonio*, 2^e éd., actualizada con la Ley n° 19.335 de 1994, Editorial Jurídica de Chile, 1997, n° 119, p. 221 ; A. SILVA BASCUÑÁN, *De la cesión de derechos*, t. I, *De los créditos personales (civiles y comerciales)*, Memoria de licenciado, Santiago de Chile,

du professeur Vélez. Les arguments invoqués par les auteurs colombiens en faveur d'une telle conception sont donc directement empruntés à la doctrine chilienne. Elle est défendue par la doctrine majoritaire colombienne⁴³⁹, ainsi que par la justice ordinaire⁴⁴⁰ et arbitrale⁴⁴¹.

157. L'influence du droit chilien sur la doctrine colombienne s'explique par le fait que le Code civil colombien a repris le Code civil chilien rédigé par Bello⁴⁴². Les dispositions prévues aux articles 761 et 1959 et suivants du Code civil colombien relatives respectivement à la tradition et à la cession de créance correspondent ainsi à celles prévues aux articles 699 et 1901 et suivants du Code civil chilien⁴⁴³.

Universidad de Chile, 1933, n° 21, p. 29; F. FUEYO LANERI, *Derecho civil*, t. IV, vol. 1, *De las obligaciones*, Lito y universo S.A., Santiago de Chile, 1958, p. 16. La jurisprudence chilienne va dans le même sens : Corte Suprema, 28 août 1918, R. t. 16, sec. 1^a, p. 158 ; Corte Suprema, 3 mai 1935, R. t. 32, sec. 1^a, p. 337 ; Corte Suprema, 8 septembre 1937, G. 1937, 2 semestre, n° 47, p. 191, R. t. 35, sec. 1^a, p. 12 ; Corte Suprema, 1^{er} mars 1945, G. 1945, 1^{er} semestre, n° 7, p. 85, R. t. 43, sec. 1^a, p. 113. Ces décisions sont citées dans : « *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas: Código civil* », vol. 8, G. Figueroa Yáñez (dir.), Editorial Jurídica de Chile, 1997.

⁴³⁹ F. VÉLEZ, *Derecho civil colombiano, Código civil y leyes complementarias*, t. VIII, Editorial jurídica de Chile, 1997, p. 322-324 ; R. MEZA BARRIOS, *Manual de Derecho civil*, t. I, Colección Manuales jurídicos, p. 168-169 ; A. De La VEGA VÉLEZ, *Bases del derecho de obligaciones, conferencias*, 1^e éd., Temis, 1976, n° 286, p. 271-272 ; H. SALAMANCA, *Derecho civil: Curso IV, contratos*, 1963, Universidad Externado de Colombia, n° 38, p. 163 ; E. GONZÁLEZ GÓMEZ, « Cesión de créditos », *Estudios de Derecho*, Revistas, Facultad de Derecho y Ciencias políticas de la Universidad de Antioquia, vol. XIV, n° 41, mayo 1953, p. 196 ; A. VALENCIA ZEA et A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, t. II, *Derechos reales, op. cit.*, n° 138, p. 386 : « Le terme "tradition" se réfère uniquement aux transmissions inter vivos de la propriété puisque la transmission des autres droits réels est dénommée par des termes spéciaux : constitution de l'usufruit, de l'hypothèque, etc. La transmission des créances reçoit le nom de cession » (nous soulignons) ; J. CUBIDES CAMACHO, « Transmisión de las obligaciones » art. préc., p. 250 ; A. VALENCIA ZEA et A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, t. II, *Derechos reales, op. cit.*, n° 138, p. 386 ; A. VALENCIA ZEA et A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, t. III, *De las obligaciones, op. cit.*, n° 146, p. 399. Il semble qu'il s'agit aussi de la position de M. CASTRO DE CIFUENTES, « Transmisión de las obligaciones », art. préc., n° 1, p. 69 ; R. GÓMEZ CEBALLOS, *Contrato de factoring*, Monografía, Especialización en derecho comercial, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2013, spéc. p. 32.

⁴⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 12 septembre 1950, *GJ* LXVIII, p. 55-63, M. R. : Pedro Castillo Pineda, ; Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 7 mai 1941, *GJ* LI, p. 278-282, M.R: Hernan Salamanca; Corte Suprema de Justicia, SU, 26 mars 1942, *GJ* LIII, p. 544-558, M.R : Arturo Tapias Pilonetta : « *La cession de créances exige qu'entre le cédant et le cessionnaire existe un contrat "traslativo" de propriété, tel que la vente, l'échange ou la donation, car la cession n'est que le mode de réaliser la tradition du droit personnel du cédant au cessionnaire* » (nous soulignons).

⁴⁴¹ Laudo Arbitral Inversiones Petroleras S.A., *Inverpetrol vs. Repsol Exploración S.A.*, 21 septembre 1994. Arbitres : A. De Irrisari Restrepo, C. Holguín Holguín et F. Medina Arroyo : « [...] *En réalité, la cession que le Code régit correspond au mode ou tradition de la créance, car elle suppose un contrat précédent qui lui sert de titre, mais lequel n'est pas réglementé mais il pourrait s'agir de tout contrat comme la vente, l'apport en société ou même une donation* ».

⁴⁴² Sans vouloir prétendre à l'exhaustivité, il convient de rappeler que l'adoption du Code de Bello par la Colombie s'explique par le fait qu'il a été adopté consécutivement par les États de la Confédération Grenadine et par les États Unis de Colombie ainsi qu'en raison de son adoption postérieure comme Code de l'Union en 1873. Ce processus de réception du Code de Bello a été consolidé par l'adoption du Code civil de l'Union de 1873 en tant que Code civil national, ordonnée par la loi 57 de 1887 en conséquence de l'abolition de la Constitution Fédérale de 1863 et de la configuration de la République Unitaire par la Constitution de 1886 : F. MANTILLA ESPINOSA, « La influencia del Code civil y la doctrina francesa en el derecho colombiano de las obligaciones », *De la Codificación a la descodificación: Code civil (1804-2004): Código de Bello (1855-2005)*, Congreso Internacional de Bicentenario del Código civil francés, la influencia del Code civil en América Latina y los problemas actuales de la Codificación par Alejandro Guzmán Brito, Universidad Diego Portales, 2004, p. 81. Pour une analyse approfondie sur les origines de la codification civile colombienne : A. VALENCIA ZEA et A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, t. I, *Parte general y personas*, 15^e éd., Temis, 2000, p. 29-60 ; F. HINESTROSA, « El código civil de Bello en Colombia », art. préc.

⁴⁴³ Il est vrai que l'article 1959 du Code civil colombien relatif à l'efficacité de la cession entre le cédant et le cessionnaire n'est pas identique à l'article 1901 du Code civil chilien qui traite de ce même aspect. Mais cette différence s'explique par le fait que le législateur colombien a introduit une modification à l'article 1959. En tout état de cause, cette modification n'a pas d'incidence sur l'analyse que nous menons à présent. Ce sera donc un aspect sur lequel nous reviendrons lors de l'étude du rapport *inter partes* : V. *infra* n° 623. Pour le moment, il suffit de signaler que d'après la modification introduite par le législateur colombien, si la créance objet de la cession n'est pas constatée par un titre, il est nécessaire, pour que la cession soit efficace entre les parties, de réaliser un document aux fins de la cession qui soit remis par le cédant au cessionnaire.

158. Ayant précisé les raisons permettant de comprendre l'influence de la doctrine chilienne sur la doctrine colombienne, on peut à présent détailler les arguments esquissés en faveur de l'identification de la cession à l'acte de tradition.

L'argument le plus important qui est soulevé repose sur une interprétation particulière des articles 761 et 1959 du Code civil colombien. L'article 761 dispose que la tradition des droits personnels qu'un individu cède à un autre a lieu par la remise du titre par le cédant au cessionnaire. L'article 1959 prévoit, quant à lui, qu'indépendamment du titre auquel la cession est faite, elle ne sera efficace entre le cédant et le cessionnaire que par la remise du titre⁴⁴⁴. Ainsi, si l'acte nécessaire pour que la tradition d'une créance se réalise est la remise du titre et si cette remise est nécessaire pour que la cession soit efficace entre le cédant et le cessionnaire, on pourrait conclure que la tradition et la cession seraient un seul, unique et même acte juridique⁴⁴⁵.

De plus, pour les partisans de cette conception, le fait que le législateur ait gardé silence sur la définition et les conditions spécifiques de la cession de créance conforte l'analyse de la cession en un acte de tradition. Ces aspects ayant été l'objet d'une réglementation précise dans le livre consacré aux biens, plus exactement dans le chapitre relatif à l'acte de tradition, le législateur n'aurait pas eu de raisons pour les traiter à nouveau dans la réglementation sur la cession.

D'autre part, en affirmant la possibilité de réaliser la cession de créance à des « titres » différents, le législateur aurait mis en évidence son identification à l'acte de tradition. Le mot « titre » aurait donc été utilisé dans le sens de fondement ou fait générateur du transfert et la cession ne serait qu'un acte permettant l'exécution de différents contrats à vocation translatrice, tels que la vente, la donation ou l'échange⁴⁴⁶.

Enfin, ces auteurs considèrent que l'identification de la cession à l'acte de tradition se justifie par une raison pratique. Si on analyse la cession en un titre « *traslativo* » de propriété affirment-ils, il

⁴⁴⁴ E.-C. NOGUERA AARON, *De los contratos : principios y nociones*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 1998, p. 120 : « La cession aurait dû être traitée par le législateur dans le livre second, Titre quatrième, régissant la tradition. La cession pourrait être parfaitement un chapitre dudit titre. Elle n'aurait pas dû être traitée dans le domaine des contrats comme il a été fait, en donnant lieu à d'interprétations erronées sur sa nature juridique ».

⁴⁴⁵ H. SALAMANCA, *Derecho civil*, Curso IV, *contratos*, Universidad Externado de Colombia, 1963, p. 163-164 ; R.-H. OCHOA CARVAJAL, *Bienes*, 6^e ed., Temis, 2006 : n° 7, p. 106 ; E. GONZÁLEZ GÓMEZ, « Cesión de créditos », *Estudios de Derecho, Revistas*, Vol. XIV, n° 41, mayo 1953, I. Estudios, Facultad de derecho y ciencias políticas de la Universidad de Antioquia, p. 196 : « (...) D'autre part, le Code avait déjà disposé que la tradition des droits personnels qu'une personne cède à une autre aurait lieu par la remise du titre faite par le cédant au cessionnaire. Il s'agit donc de la tradition considérée comme un mode de transférer et d'acquérir les droits ; de la remise ou tradition comme élément constitutif des contrats réels et de la tradition considérée comme mode d'acquérir, laquelle a besoin d'un titre préexistant, est celle dont le Code s'occupe pour une réglementation plus détaillée dans le chapitre I concernant la cession des créances personnelles ». G. CARDONA HERNÁNDEZ, *Contratos civiles*, 2^e ed., 1995, Ediciones abogados Librería Pereira, p. 94.

⁴⁴⁶ H. SALAMANCA, *Derecho civil*, Curso IV, *Contratos*, *op. cit.*, p. 163 ; C. GOMEZ ESTRADA, *De los principales contratos civiles*, *op. cit.*, n° 129, p. 160-161 ; H. D. VELÁSQUEZ GÓMEZ, *Estudio sobre obligaciones*, *op. cit.*, n° 534, p. 1019-1020. La jurisprudence colombienne a parfois soutenu que la cession de créance était un contrat réel en raison de l'exigence de la remise du titre prévue à l'article 1959 du Code civil pour l'efficacité de la cession entre le cédant et le cessionnaire : Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 15 juin 1892, *GJ VII*, p. 260, M.R : Lucio A. Pombo. En ce qui concerne la doctrine, certains auteurs défendent l'idée de la cession de créance en tant que contrat réel : A. VALENCIA ZEA et A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, t. III. *De las obligaciones*, *op. cit.*, p. 399.

faudrait conclure que la cession est un contrat réel dont la perfection, autrement dit, la naissance d'obligations, serait conditionnée à la remise du titre. L'exigence de la remise du titre, indispensable à l'efficacité de la cession entre le cédant et le cessionnaire, ne pourrait être interprétée autrement. Or, une telle analyse bouleverserait de manière importante la catégorie des contrats réels qui a été conçue pour les contrats créateurs d'une obligation de restitution à la charge de l'une des parties. La cession de créance ne répondrait pas à ce critère⁴⁴⁷.

159. Bien que cette conception ait les faveurs de la doctrine majoritaire colombienne, un auteur a exposé certaines critiques à son encontre. De son point de vue, la cession de créance serait certes un acte exclusivement de disposition cependant, elle ne pourrait être identifiée purement et simplement à l'acte de tradition. La cession ne serait qu'une espèce de celle-ci.

2- *La cession de créance en tant qu'espèce de tradition*

160. M. Castillo refuse le caractère contractuel de la cession de créance, sans affirmer pour autant son assimilation à l'acte de tradition d'une créance⁴⁴⁸. M^{me} Camacho López, auteur d'une récente thèse sur l'évolution de la cession de créance depuis le droit romain jusqu'à nos législations modernes, semble également se rallier à cette conception⁴⁴⁹. Afin de mieux comprendre cette position, on analysera les raisons invoquées pour refuser le caractère contractuel de la cession, avant de procéder à l'étude des arguments en faveur de la spécification de la cession au regard de l'acte de tradition.

161. A l'appui du refus du caractère contractuel de la créance, M. Castillo expose non seulement un argument textuel mais également un argument pratique. En ce qui concerne l'argument textuel, il affirme que le législateur, en prévoyant la possibilité de réaliser la cession à différents « titres », aurait laissé entendre que la cession ne serait que l'acte d'exécution d'un contrat « *traslaticio* » précédemment conclu entre le cédant et le cessionnaire⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ L.-E. GACHARNÁ, *Conferencias sobre contratos*, cit. par A. PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, vol. 3, part. II, *Clasificación, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones*, obra revisada y actualizada por A. Tamayo Lombana, *op. cit.*, n° 480, p. 292-293.

⁴⁴⁸ F.-A. CASTILLO MAYORGA, « La cesión de crédito », art. préc., spéc. p. 419.

⁴⁴⁹ M.-E. CAMACHO LOPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, *op. cit.*, p. 334 et s., spéc. p. 338 et 339 où l'auteur signale que si la cession est un *negotium juridicum* de disposition causal à l'instar de la tradition, elle se distingue de celle-ci dans la mesure où l'objet de la cession est un droit de créance ou droit personnel, lequel ne peut pas être objet de tradition. Celle-ci est réservée aux droits réels.

⁴⁵⁰ F.-A. CASTILLO MAYORGA, *ibidem* : « (...) Plus encore, le propre Code civil part de la base que la cession est faite à un « titre » dont elle n'est que l'exécution ». Voir également l'argument esquissé par M.-E. Camacho López selon lequel la cession ne pourrait être qualifiée de contrat car celui-ci, selon le droit colombien, ne comprend pas les actes juridiques ayant pour fonction de modifier une relation précédente. En d'autres termes, le « contrat » au sens du code civil colombien aurait la fonction restreinte de créer des obligations : M.-E. CAMACHO LOPEZ, *Cesión de créditos : del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, *op. cit.*, p. 336.

En ce qui concerne l'argument d'ordre pratique, l'auteur souligne que l'analyse de la cession en un titre de transfert entraînerait le risque d'identifier la cession à un contrat réel et, par conséquent, aboutirait à une confusion entre la créance et le document qui l'incorpore⁴⁵¹.

162. Quant à l'impossibilité d'identifier totalement la cession à l'acte de tradition d'une créance, l'auteur affirme que malgré un rapprochement fonctionnel entre ces deux actes juridiques en ce sens que leur objet serait dans tous les cas celui de permettre le transfert d'un bien⁴⁵², il existerait toutefois deux principales raisons qui justifieraient leur distinction.

En premier lieu, la tradition étant l'acte permettant l'acquisition de la propriété et les créances ne pouvant pas être objets de propriété, il ne serait donc pas possible de considérer que les créances puissent être objets d'une véritable tradition. En conséquence, la cession ne serait qu'un mode permettant d'acquérir la titularité des créances⁴⁵³, c'est pourquoi l'auteur affirme que ces dernières ne peuvent être l'objet de contrats ayant pour vocation de transférer la propriété, tels que la vente, l'échange ou la donation. Ces contrats n'auraient été conçus que pour les choses corporelles⁴⁵⁴. Les défenseurs de cette conception mettent en évidence le caractère causal de la cession : en tant qu'acte juridique de disposition, celle-ci serait toujours affectée par les vices touchant à l'acte servant de titre ou cause du transfert⁴⁵⁵.

En second lieu, si la cession ne peut pas être identifiée purement et simplement à la tradition, l'une des raisons de ce postulat tient à ce que la tradition exigerait l'intervention de deux personnes, l'aliénateur et l'acquéreur, alors que la cession demanderait, pour l'accomplissement de sa fonction économique, l'intervention d'une troisième personne : le débiteur de la créance cédée⁴⁵⁶. La cession comporterait donc deux étapes bien établies : la première tendrait à garantir le transfert entre les parties et se réaliserait par la remise du titre du cédant au cessionnaire : la seconde, visant à garantir l'efficacité du transfert à l'égard des tiers, aurait lieu soit à partir de la notification de la cession au débiteur de la

⁴⁵¹ F.-A. CASTILLO MAYORGA, « La cesión de crédito », art. préc., p. 421.

⁴⁵² F.-A. CASTILLO MAYORGA, « La cesión de crédito », *ibidem*, p. 418 : « La fonction de la cession de créance est analogue à celle de la tradition en matière de droits réels ».

⁴⁵³ F. CASTILLO MAYORGA, *ibidem* : « Cette conception (l'identité entre la cession et la tradition), a aussi ses obstacles. En premier lieu, on pourrait lui objecter que le fait de faire référence à la tradition d'une créance impliquerait d'admettre la possibilité qu'il existe un droit réel de propriété sur une créance, ce qui conduirait à une déformation de la distinction classique entre le droit personnel et le droit réel, laquelle est largement reconnue et répandue dans le Code civil. Cela réduirait le droit personnel à une chose. Cependant, l'appréhension de la cession comme une espèce de tradition ne signifie pas reconnaître que le droit transmis soit un droit réel de propriété sur la créance. Ce qui est objet de transfert est la titularité sur la créance en tant que bien, autrement, dit, en tant qu'élément du patrimoine ». Rapp. M.-E. CAMACHO LOPEZ, *Cesión de créditos : del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, *op. cit.*, p. 338-339 qui précise que les modes d'acquisition des droits réels ne sont pas les mêmes que ceux pour les droits personnels.

⁴⁵⁴ F.-A. CASTILLO MAYORGA, « La cesión de crédito », art. préc., p. 418.

⁴⁵⁵ Les auteurs insistent sur ce point afin de marquer la différence entre le droit colombien et le droit allemand : M.-E. CAMACHO LOPEZ, *Cesión de créditos : del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, *op. cit.*, p. 335.

⁴⁵⁶ Cette position concernant la particularité de la cession en tant qu'acte de transfert impliquant l'intervention de trois personnes semble être parfois défendue par la jurisprudence colombienne : Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 5 mai 1941, M.R. : F. Lequerica Vélez : « Dans la cession, à la différence de la vente, il faut tenir compte de trois personnes (cédant, cessionnaire et débiteur) et non de deux ».

créance cédée, soit à partir de son acceptation conformément à l'article 1961 du Code civil colombien⁴⁵⁷.

163. Les analyses de la cession de créance en un acte de tradition ou en une espèce de celle-ci ont toujours la faveur de la doctrine majoritaire et de la jurisprudence colombiennes ; cependant, on peut identifier une troisième position selon laquelle la cession de créance devrait être analysée en un acte réel et abstrait de disposition.

3- *L'identification de la cession à un acte réel et abstrait de disposition*

164. L'appréhension de la cession de créance en tant qu'acte réel et abstrait de disposition a été défendue par Hinestrosa⁴⁵⁸. La vision de cet auteur à propos de la nature juridique de la cession de créance reprend celle adoptée par le droit positif allemand qui comprend la cession de créance comme un accord de volontés ayant exclusivement pour objet le transfert d'une créance du patrimoine du cédant dans celui du cessionnaire. Cet accord translatif est considéré comme étant totalement indépendant de l'acte causal ou contrat relatif au rapport obligationnel entre les parties. Une telle autonomie à l'égard de l'acte causal explique que la cession de créance soit analysée, en droit allemand, en un acte réel et abstrait de disposition⁴⁵⁹.

165. Pour comprendre la signification ainsi que la portée de cette conception, quelques remarques sommaires s'imposent quant à la spécificité du système général de transfert des biens en droit allemand. Celui-ci distingue deux types d'actes : les actes obligationnels et les actes réels ou de disposition. Il s'agit de deux catégories répondant chacune à des conditions particulières.

L'acte obligationnel, comme sa dénomination le laisse entendre, n'a pour effet que la création d'obligations entre les parties. Cependant, à côté de cet acte obligationnel, et pour que le

⁴⁵⁷ F.-A. CASTILLO MAYORGA, « La cesión de crédito », art. préc., p. 420 et s.

⁴⁵⁸ F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, op. cit., n° 317, p. 421 : « La cession est un contrat abstrait car il a une entité propre, indépendante de la relation sous-jacente ou de base d'où elle naît, relation qui n'a pas besoin d'être exprimée : vente, échange, dation en paiement, apport en société, donation, et dont les vices ne peuvent pas être opposés, en principe, à des tiers : débiteur, cessionnaires successifs et n'importe quel autre intéressé ».

⁴⁵⁹ E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op. cit., n° 92, p. 62 : « Lorsqu'on parle de cession de créance (*Forderungsabtretung*) telle que prévue par le Code civil allemand aux §§ 398 et suivants, on ne désigne pas l'ensemble contractuel acte créateur d'obligations-acte de disposition décrit ci-dessus mais seulement l'acte de disposition. Il s'agit d'un acte de disposition abstrait, acte juridique « réel », semblable a priori à tout acte de disposition portant sur des droits absolus » ; M. REQUEJO ISIDRO, *La cesión de créditos en el comercio internacional*, op. cit., n° 19, p. 37. Une telle analyse est illustrée de manière explicite par les propositions de l'Académie des privatistes européens : J.-P. GRIDEL, « Sur l'hypothèse d'un code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens », Dimanche 23 au mardi 25 février 2003, *Gazette du Palais. Doctrine*, part. II, art. 122-2 : « Le cédant peut s'engager envers le cessionnaire, moyennant un contrat à titre onéreux ou gratuit, de caractère obligatoire, à lui céder sa créance. Dans ce cas, la cession de celle-ci a lieu par le truchement d'un deuxième contrat de cession entre les deux parties ayant une nature abstraite ; le cédé peut alors ensuite exciper de l'invalidité ou de l'inefficacité de ce dernier, mais non du précédent contrat causal ».

transfert des biens ait effectivement lieu, l'accomplissement d'un autre acte juridique s'impose⁴⁶⁰ : un acte réel ou de disposition. La cession de créance en droit allemand relève précisément de cette deuxième catégorie ; elle est un acte réel de disposition. De plus, à l'instar des actes réels ayant pour objet le transfert de biens corporels, la cession constitue un acte abstrait en ce sens que son sort est, en principe, totalement indépendant de celui de l'acte obligationnel⁴⁶¹.

Deux conséquences pratiques importantes découleraient de cette conception allemande, également partagée par le droit suisse⁴⁶² et le droit grec⁴⁶³. La première consisterait dans une plus grande sécurité juridique dans le trafic des créances : les éventuels vices du contrat servant de titre d'acquisition n'atteindraient pas l'acte de transfert ou acte de cession⁴⁶⁴. La seconde serait la possibilité de réaliser la cession à des fins différentes, en tant que garantie ou même pour un recouvrement. Le caractère abstrait de la cession n'exigerait pas que le transfert ait lieu en raison d'une opération ayant effectivement une vocation translatrice. Les éléments les plus importants seraient ainsi la volonté de transférer, de la part du cédant, et celle d'acquiescer la créance, de la part du cessionnaire⁴⁶⁵.

La qualification d'acte réel s'expliquerait donc par la nature dispositive de la cession et non par le besoin de la remise de la chose objet du contrat. Preuve en est, dans le droit allemand à l'origine

⁴⁶⁰ Il s'agit d'un autre acte juridique au sens strict du droit français. Autrement dit, l'acte réel et abstrait de disposition est un *Negotium Juridicum*.

⁴⁶¹ Cette conception selon laquelle la cession de créance serait un acte abstrait de disposition semble propre aux systèmes juridiques qui reconnaissent un système de transfert des biens fondé sur le principe de séparation ainsi que celui de l'abstraction. Cela signifie que dans le processus d'acquisition des biens interviennent deux conventions en principe indépendantes : la première convention serait l'acte réglementant le rapport obligationnel ou fait générateur du transfert entre les parties, alors que la deuxième serait un contrat réel ou de disposition, autrement dit, un accord de volontés ayant pour objet exclusivement l'acquisition de la propriété. Voir à propos du système allemand du transfert de propriété : Cl. WITZ, *Droit privé allemand*, t. I, *Actes juridiques, droits subjectifs, BGB partie générale, Loi sur les conditions générales d'affaires*, Litec, 1992, n° 122 et s, p. 118-129 ; R.-M. RAMPELBERG, « La vente est-elle translatrice de la propriété ? Variations franco-germaniques sur une thèse romaine », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 19, 1998, p. 51.

⁴⁶² B. DUTOIT, « La cession de créance : acte causal ou abstrait ? Le Code civil suisse des obligations dans la perspective du droit comparé », *Le centenaire du Code des obligations*, Fribourg, 1982, p. 459 ; P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse, dispositions générales du Code des obligations*, 2^e éd., Staempfli Editions SA Berne, 1997, p. 144 : « Pour la compréhension du droit privé, la distinction entre l'acte d'obligation et l'acte de disposition est capitale. L'acte générateur d'obligation augmente le passif ; il n'affecte pas l'actif ; il ne le diminue pas. L'auteur ne greève aucun de ses biens en particulier ; le créancier n'acquies aucun droit sur un quelconque objet du patrimoine ; entre créancier et débiteur, s'instaure une relation de personne à personne ; par l'acte d'obligation, le créancier pèse sur la volonté du débiteur ; celui-ci garde le pouvoir de disposer de sa fortune ; rien ne l'empêche de nouer une pareille obligation avec un tiers ; les deux dettes sont également valables et en principe de même rang (...), L'acte de disposition diminue l'actif : il entraîne l'abolition totale ou partielle d'un droit. C'est aliéner, renoncer, grever, modifier ».

⁴⁶³ R.-H. NEUMAYER, « La transmission des obligations en droit comparé », in *La transmission des obligations*, Travaux des IX^e journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations, art. préc., n° 2, p. 197 : « La cession est un acte de disposition qui permet de transférer directement une créance à un tiers, le cessionnaire. En droit allemand, suisse, autrichien, grec, la cession est indépendante de sa cause juridique, cela signifie que la cession reste valable même lorsque le rapport causal existant entre cessionnaire et cédant qui en est le fondement (dans la règle une vente de la créance) est entaché d'un vice ».

⁴⁶⁴ E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op.cit., n° 124, p. 80 : « Ainsi, le principe d'abstraction favorise la sécurité des transactions, protégeant l'acte de disposition des vices de l'acte causal ».

⁴⁶⁵ E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op.cit., n° 138, p. 89 : « [...] Du côté des avantages, cette structure dualiste du contrat a permis la création des cessions fiduciaires en droit allemand. En effet, la créance est cédée par l'acte de disposition, mais les parties aménagent dans leurs relations internes les effets de cette cession. Elles peuvent ainsi prendre valablement des engagements contradictoires, sans que leur contrat soit qualifié de simulation prohibée, mais dont les effets se situent ou bien sur un plan réel (pour l'acte de disposition) ou bien sur un plan personnel (pour l'acte créateur d'obligations). La dualité en droit allemand du contrat de cession rend ainsi de très grands services aux milieux d'affaires » (nous soulignons).

de la qualification de la cession comme acte réel, aucun acte matériel de remise de la créance n'est exigé à la différence des autres actes réels de disposition⁴⁶⁶.

Outre cette particularité, le fait que la cession de créance soit un acte régi en droit allemand par le droit des biens, acte abstrait de disposition, explique que les parties ne soient pas libres de déterminer le contenu de l'acte, ni de prévoir le caractère rétroactif des effets de celui-ci⁴⁶⁷.

166. Cette conception de la cession de créance reste isolée au sein de la doctrine colombienne mais il n'en est pas de même dans d'autres pays. Par exemple, certains auteurs italiens défendent cette vision⁴⁶⁸ et il existe une discussion importante parmi la doctrine espagnole à propos de la pertinence ou non de son adoption dans le droit ibérique⁴⁶⁹. Il s'agit aussi d'une théorie qui bénéficie de la faveur de certains auteurs argentins⁴⁷⁰ et péruviens⁴⁷¹. Une telle conception est également défendue par les auteurs du projet de Code européen des contrats et les propositions de l'Académie des privatistes européens⁴⁷².

167. Ainsi, l'une des questions les plus importantes que se pose la doctrine et la jurisprudence colombiennes est celle de la détermination de la nature juridique de la cession de créance : est-ce un titre ou un mode d'acquisition ? C'est la seconde option qui l'emporte.

À la différence du droit colombien, une telle question ne semble *a priori* pas intéresser la doctrine française, les auteurs ne l'abordant généralement pas. Cependant, une lecture attentive de

⁴⁶⁶ E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, *op.cit.*, n° 105, p. 69 : « En principe, tous les actes juridiques réels ont des éléments constitutifs communs : il suffit à côté d'un élément objectif (remise d'un meuble ou inscription au livre foncier), d'un accord des parties ou d'une déclaration unilatérale de volonté sur la modification des droits réels. Dans ces deux cas, l'acte matériel, moyen de publicité, est à la fois une condition de validité du transfert et une condition d'opposabilité à l'égard des tiers. Or, ce principe n'est pas respecté pour la cession de créance. Contrairement au régime général des actes de disposition, la cession de créance n'obéit pas à ce principe de publicité du transfert, en n'exigeant pas l'accomplissement d'un acte matériel ».

⁴⁶⁷ *Ibidem*, n° 99, p. 66.

⁴⁶⁸ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, 189 et s. ; G. LONGO, *Diritto delle obbligazioni*, Torino, 1950, 367. Voir en général à propos de la doctrine qui partage la vision de la cession de créance en tant que contrat abstrait en droit italien : R. ALESSI et V. MANNINO, *La circolazione del credito*, t. I, *Cessione « factoring » cartolarizzazione*, *op. cit.*, p. 10 : « D'après une position non récente, la cession de créance devrait être encadrée dans le domaine des contrats abstraits caractérisés par le fait que les effets juridiques se produisent sans qu'il soit nécessaire de prendre en compte les raisons ou causes du transfert. La cession de créance, par conséquent, serait un simple instrument de transfert de tels droits du cédant au cessionnaire, indépendant de la cause ».

⁴⁶⁹ F. PANTALEÓN PRIETO, « Cesión de créditos », in *Anuario de derecho civil, Ministerio de Justicia*, t. XLI, octobre-décembre 1988, p.1034-1037.

⁴⁷⁰ R.-H. COMPAGNUCCI DE CASO, *Cesión de créditos*, *op. cit.*, n° 16, p. 18-19.

⁴⁷¹ L'appréhension de la cession de créance en tant qu'acte abstrait de disposition en droit péruvien semblerait trouver un support dans la réforme introduite aux dispositions concernant la cession de créance dans le Code civil de 1984. Cela s'expliquerait par l'influence du Code civil allemand (BGB) : F. VIDAL RAMIREZ, *La cesión de derechos en el código civil peruano*, *op. cit.*, n° 12, p. 27.

⁴⁷² L'article 122-2 dispose que « Le cédant peut s'engager envers le cessionnaire, moyennant un contrat à titre onéreux ou gratuit, de caractère obligatoire, à lui céder sa créance. Dans ces cas là, la cession de celle-ci a lieu par le truchement d'un deuxième contrat de cession entre les deux parties ayant une nature abstraite ; le cédé peut alors exciper de l'invalidité ou de l'inefficacité de ce dernier, mais non du précédent contrat causal ». Cela démontre bien que le problème du débiteur face à la cession n'est pas en réalité la cause de la cession mais le fait de se voir imposé un autre créancier. Il lui est indifférent de savoir si la cession a été réalisée en raison d'une vente ou d'un apport en société : V. Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats : « Les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie) », *Gazette du Palais, Doctrine*, dimanche 23 au mardi 25 février 2003, p. 8.

quelques études récentes relatives aux opérations sur les créances révèle que l'analyse de la cession en un acte exclusivement de disposition n'est pas totalement ignorée.

B- Les signes de l'assimilation en droit français

168. Il n'existe *a priori* pas en droit français de débat important à propos de la nature juridique de la cession de créance -titre ou mode d'acquisition- en raison de son appréhension particulière de l'obligation de donner. Rappelons que selon la conception majoritairement admise, les rédacteurs du Code Napoléon auraient supprimé l'obligation de donner, par conséquent, un acte de tradition ne serait pas nécessaire pour qu'un transfert de biens ait lieu. En consacrant expressément la règle selon laquelle le transfert serait un effet légal du contrat, la récente réforme opérée par l'ordonnance du 10 février vient conforter cette analyse⁴⁷³. Toutefois, un courant de la doctrine française semble remettre en question, de manière implicite ou explicite, le fait que la cession de créance ait été conçue, à l'instar des autres contrats translatifs prévus dans le Code civil français, comme un acte ayant des effets obligationnels et réels.

169. En ce qui concerne la mise en cause implicite de la vision classique, certains auteurs refusent d'appréhender la cession de créance comme un contrat puisqu'elle n'aurait pas pour objet la création d'obligations mais leur transmission : « *En tant que générateur d'obligation, le contrat se singularise dans le cadre même des conventions. Plus générales, celles-ci peuvent avoir pour objet non seulement de faire naître une obligation-seul cas où elles constituent des contrats-mais aussi de la transmettre, de la modifier ou de l'éteindre. Par exemple, la cession de créance ou la remise de dette sont des conventions sans être des contrats* »⁴⁷⁴.

Néanmoins, ces mêmes auteurs, au moment de préciser la nature de la cession, la définissent comme un contrat translatif particulier en raison de sa réalisation⁴⁷⁵ et de ses effets⁴⁷⁶, surtout afin de signaler le caractère variable des obligations en fonction de l'opération voulue par les parties⁴⁷⁷.

⁴⁷³ V. *supra* n° 135.

⁴⁷⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. I, *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 79, p.67 (nous soulignons).

⁴⁷⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op.cit.*, n° 360, p. 356 : « *Les conditions de forme de la cession sont également empruntées à l'opération réalisée. Il n'en est pas qui soient propres à la cession en tant que telle. Lorsqu'elle constitue une vente, la cession est donc parfaite, dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, par le seul échange des consentements, parce que la vente est un contrat consensuel (...) lorsqu'elle constitue une donation, la cession est soumise aux formes requises en la matière : en principe, la rédaction d'un acte authentique (C.civ., art. 931)* ».

⁴⁷⁶ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op.cit.*, n° 357, p. 353 : « *En conséquence, la cession de créance n'est pas non plus un contrat translatif comme les autres (...) sa réalisation et ses effets sont compliqués par la substitution de sujet qu'elle entraîne dans le rapport d'obligation* ». (nous soulignons). Rapprocher du nouvel article 1101 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 aux termes duquel « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ».

⁴⁷⁷ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op.cit.*, n° 365, p. 361 : « *En revanche, les autres effets diffèrent selon que la cession a été faite avec ou sans contrepartie. Il va de soi qu'au cas de vente, le cessionnaire est tenu au paiement du prix et que cette*

On peut ainsi relever un manque de clarté dans leurs réflexions. Certes, ils admettent que la distinction entre le contrat et la convention n'a pas de conséquences pratiques⁴⁷⁸. Mais la vraie question reste de savoir si, indépendamment de la qualification donnée à la cession de créance -contrat ou convention translativ-, ils considèrent qu'elle constitue un accord de volontés ayant pour objet exclusif le transfert de la créance d'un patrimoine à un autre. En cas de réponse affirmative, il conviendrait de conclure que la cession est un accord de volontés n'ayant qu'un effet réel -le transfert de la créance-, à la différence de la vente ou de la donation par exemple, actes ayant, outre un effet réel, des effets obligationnels.

Plus récemment, un auteur a soutenu que l'existence de la catégorie des « opérations sur créances » semblait être le signe d'une modélisation conventionnelle du transfert de propriété lui-même. Précisément, il considère qu'aujourd'hui la cession de créance serait perçue non plus comme une opération en elle-même mais comme un acte de disposition d'une créance intervenant en exécution d'une obligation pouvant être issue de contrats divers⁴⁷⁹.

Par ailleurs, d'autres signalent que l'importance grandissante au sein de la doctrine française des études portant sur les « opérations juridiques à trois personnes »⁴⁸⁰ ou sur « les conventions ayant pour objet l'obligation » serait le signe le plus révélateur de la reconnaissance d'une catégorie unique ayant pour objet exclusif le transfert d'une créance. La particularité de l'acte de cession consisterait donc dans l'introduction d'un tiers au rapport d'obligation, ce indépendamment de la cause du transfert⁴⁸¹.

170. Quant à la remise en question explicite de la vision classique, la position du professeur Gaudemet est révélatrice. En effet, cet auteur explique que la cession n'est pas un acte obligationnel ; position que l'on peut déduire de l'affirmation selon laquelle le caractère spéculatif ou non de la cession dépendrait de « la nature du contrat en exécution duquel elle a lieu. Mais la cession par elle-même est indépendante du contrat (vente, donation, etc.) qu'elle réalise »⁴⁸². De son point de vue, ce serait le signe que la cession n'est qu'un acte d'exécution, sans aucun effet obligationnel.

obligation est éventuellement sanctionnée par la résolution de la cession : obligation qui n'existe pas en cas de donation. Cependant, la différence principale concerne l'obligation de garantie, dont le cédant n'est tenu que lorsque la cession constitue un contrat à titre onéreux ».

⁴⁷⁸ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. I, *L'acte juridique*, op. cit., n° 80, p. 68.

⁴⁷⁹ J. DUBARRY, *Le transfert conventionnel de propriété, Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, Préf. B. Dauner-Lieb et R. Libchaber, LGDJ, 2014, n° 255, p. 141 : « La cession de créance n'est pas abstraite au sens où elle serait indépendante du contrat qu'elle exécute, mais elle l'est en ce sens qu'elle n'est plus associée à un contrat précis mais davantage considérée comme un acte de disposition de nature conventionnelle ».

⁴⁸⁰ L'introduction d'une telle catégorie au sein de la doctrine française a été possible grâce à la thèse doctorale du professeur Larroumet concernant précisément les opérations juridiques à trois personnes : Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse préc. De même, il est intéressant de constater que dans certains manuels récents dédiés à l'étude du droit des obligations, certains auteurs dédient un « chapitre » spécial à la catégorie des « opérations juridiques à trois personnes » : En ce sens : E. JEULAND, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montchrestien, 2009, p. 154 et s.

⁴⁸¹ F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 6, p. 17.

⁴⁸² E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 469.

Par ailleurs, dans une thèse visant à remettre en cause la distinction généralement admise entre la cession de créance, la subrogation conventionnelle consentie par le créancier et la négociation, M. Leplat défend l'idée de la reconnaissance d'un acte exclusivement de disposition de créance, plus spécifiquement d'une convention translative⁴⁸³. Celle-ci aurait strictement pour objet l'aménagement de tous les aspects relatifs à l'introduction d'un tiers dans un lien d'obligation, indépendamment de la cause du transfert, de sorte que l'intention des parties n'aurait plus aucun rôle à jouer pour la détermination du régime de l'acte de transmission conventionnelle. Une telle intention n'aurait d'incidences que dans le rapport entre les parties, lequel serait indépendant de la convention translative⁴⁸⁴.

Cette convention obéirait à un régime propre dans la mesure où elle serait indépendante du rapport obligationnel servant de fondement au transfert. M. Leplat considère que le choix des parties entre les différents procédés reconnus en droit positif ayant pour effet la circulation de la créance -tels que la cession, la subrogation consentie par le créancier ainsi que la négociation-, ne serait déterminé finalement qu'en fonction des formalités prévues pour leur opposabilité à l'égard des tiers⁴⁸⁵.

171. **CONCLUSION DE LA SECTION I.** La détermination de la nature juridique de la cession de créance est une question débattue en droit français et en droit colombien. La tentation est grande de vouloir l'identifier, soit au contrat de vente, soit à un acte exclusivement de disposition dépourvu de tout effet obligationnel. S'agissant de l'identification de la cession au contrat de vente, on sait que le Code Napoléon a joué un rôle déterminant dans son développement, sans méconnaître le fait que différentes raisons d'ordre historique et pratique semblent aussi conforter cette conception. Quant à l'identification de la cession à un acte exclusivement de disposition, on a pu relever que la doctrine et la jurisprudence colombiennes, influencées par la doctrine chilienne, encouragent cette analyse. Certains auteurs français partagent également cette conception. Cependant, aucune de ces approches ne semble s'imposer.

⁴⁸³ F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 9, p. 23 : « *La cession, la subrogation et la négociation sont des techniques neutres et substituables les uns aux autres afin de réaliser une substitution de créancier dans le lien d'obligation* ».

⁴⁸⁴ F. LEPLAT, *ibidem*, n° 2, p. 8 : « *L'effet caractéristique de la transmission conventionnelle des créances ne se situe donc pas dans les rapports entre les parties, mais dans les rapports respectifs de celles-ci avec le débiteur* ».

⁴⁸⁵ F. LEPLAT, *ibid.*, n° 8, p. 21.

Section II- L'échec de la tentative d'assimilation de la cession de créance à un acte translatif déterminé

172. Les critiques pouvant être esquissées à l'encontre de l'identification de la cession de créances à un contrat de vente et la mise en évidence du fait qu'elle reste un titre ou cause d'acquisition de la créance expliquent l'échec des tentatives d'assimilation de la cession de créance à un acte translatif déterminé. C'est pourquoi, nous analyserons tout d'abord l'identification impossible à un contrat de vente (§1), pour étudier ensuite l'identification difficile à un acte exclusivement de disposition (§2).

§1- L'identification impossible à un contrat de vente

173. Avant même que l'ordonnance du 10 février 2016 ne dissocie sans équivoque la cession de créance du contrat de vente, une partie importante de la doctrine contemporaine française écartait déjà l'hypothèse d'une telle identification. Outre l'existence de vrais obstacles à une telle assimilation, les raisons invoquées en sa faveur ne sont guère convaincantes. La présentation de l'obstacle apparent à cette conception (A) sera suivie par celle des obstacles réels (B), avant d'aborder finalement le caractère non déterminant des justifications invoquées à l'appui de l'assimilation de la cession de créance au contrat de vente (C).

A- L'obstacle apparent

174. Le principal obstacle à l'assimilation de la cession de créance au contrat de vente est semble-t-il celui du rejet de la propriété des créances. La vente étant un contrat translatif de propriété et les créances ne pouvant être considérées comme objets de propriété, la conclusion qui s'impose logiquement serait celle de l'impossibilité de considérer que la cession, ayant pour objet un transfert de créance, soit analysée en une vente⁴⁸⁶. Les arguments invoqués à l'encontre de la propriété des créances (1) ne s'avèrent toutefois pas décisifs (2).

⁴⁸⁶ F.-X. LUCAS, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, pour une fiducie de valeurs mobilières*, Préf. L. Lorvellec, LGDJ, 1997, n° 454, p. 234 : « Cette première constatation invite à distinguer la vente de la cession de créances, pour la raison suffisamment exposée qu'il ne saurait avoir transfert de la propriété d'une créance »; P. MALAURIE et L. AYNES, *Cours de droit civil*, t. VIII, *Les contrats spéciaux*, Cujas, 8^e éd., 1994, p. 57, n° 67 ; F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, *op.cit.*, n° 121, p. 129 : « La difficulté provient de ce que la vente est un contrat translatif de propriété, ce qui présente l'inconvénient d'exclure formellement les contrats qui transfèrent un droit autre. Vendre une chose (corporelle) revient ainsi à céder le droit de propriété sur cette chose. Mais c'est essentiellement affaire de langage. On réserve généralement le mot « vente » au transfert d'un droit de propriété sur une chose corporelle et l'on parle plutôt de « cession » pour les autres droits : part indivise, usufruit, créance... »

1- Le rejet de la propriété des créances

175. La théorie de la propriété des créances fait l'objet de nombreuses critiques. On peut toutefois en identifier trois principales.

Premièrement, et conformément à la vision classique, la propriété serait un droit réel, plus encore, le droit réel par antonomase, comprenant les droits d'user, de jouir et d'abuser des choses de la façon la plus absolue⁴⁸⁷. Cette présentation traditionnelle de la propriété suggère l'impossibilité de concevoir un droit de propriété sur des choses autres que corporelles⁴⁸⁸.

Deuxièmement, une partie de la doctrine souligne que la théorie de la propriété des créances bouleverserait la distinction classique entre droit réel et droit personnel⁴⁸⁹. Le droit réel se caractérise par le fait d'être un droit absolu dont la propriété serait le modèle. En revanche, le droit personnel ou droit de créance est un droit relatif consistant dans la prérogative reconnue en faveur du créancier d'exiger d'une personne déterminée l'accomplissement d'une prestation spécifique. Ainsi, alors que le droit réel permettrait à son titulaire de retirer directement les bénéfices économiques d'une chose, le droit personnel ne permettrait à son titulaire d'obtenir ces bénéfices que par l'intermédiaire du débiteur⁴⁹⁰.

Troisièmement, l'affirmation d'une propriété des créances remettrait en question le rapport classique reconnu entre les sujets et leurs droits à travers le concept de *titularité*⁴⁹¹. Ce serait grâce à la titularité et non à un quelconque droit de propriété que s'expliquerait le lien entre le sujet et ses droits,

⁴⁸⁷ W. DROSS, *Droit des biens*, 2^e éd., LGDJ, « coll. Domat droit privé », 2014, n° 6, p. 19 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Les biens*, 2^e éd., LGDJ, 2010, n° 79, p. 88-89.

⁴⁸⁸ F.-X. LUCAS, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, pour une fiducie de valeurs mobilières*, *op.cit.*, n° 444, p. 227. Voir à propos de la conception classique de la propriété : J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2013, n° 10, p. 280-281. Voir plus précisément à propos de l'incompatibilité de la théorie classique avec l'idée de disposition des droits : J. LAURENT, *La propriété des droits*, *op. cit.*, n° 205, p. 166 : « L'analyse classique de la propriété contenait le ferment de sa propre remise en cause : comment admettre qu'un fragment de la propriété, c'est-à-dire le morceau d'un bien, puisse s'exercer sur tous les droits qui sont des biens et contenir le principe de la faculté qu'a le sujet d'en disposer ? En d'autres termes, comment l'abus pouvait-il s'exercer sur les autres droits que la propriété, dont il partageait la nature ? ».

⁴⁸⁹ Voir à propos de cette difficulté évoquée par la doctrine réticente à admettre la propriété des droits : Y. EMERICH, *La propriété des créances, approche comparative*, *op. cit.*, n° 345, p. 197-198. Voir également : J. DABIN, *Le droit subjectif*, Préf. Chr. Atias, Dalloz, coll. Bibl. Dalloz, 2008, réédition de l'ed. 1952, p. 195

⁴⁹⁰ Voir par exemple : W. DROSS, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 493, p. 403-404 : « Il n'en reste pas moins que cette manière de considérer les créances comme des biens résulte largement d'un raisonnement prenant pour seul objet les créances de somme d'argent. Dans les autres cas, leur cessibilité est sujette à caution, avec cette incidence que leur qualification de bien s'éloigne significativement. Au vrai, les créances, parce qu'elles sont des droits, ne sont pas objets de propriété » ; J. DABIN, *Le droit subjectif*, *op. cit.*, p. 187 : « Car, non seulement les droits de créance ne se limitent pas à ceux qui tendent à procurer le profit des choses (il y a, en outre, ceux qui tendent à procurer le profit des services), mais la situation n'est établie, précisément, que là où le droit frappe directement la chose (jus in re), tandis que, là où n'existe qu'un droit à avoir la chose, à obtenir un droit sur la chose (jus ad rem), la situation ne sera établie qu'à la condition que le débiteur du transfert exécute son obligation : rem tantôt jus ad rem selon des « considérations pratiques » ; il reste que les deux types de droits sont réellement distincts et que la différence d'intensité invoquée, pour autant qu'elle existe, n'est que la résultante de cette distinction ».

⁴⁹¹ Même si le législateur colombien se réfère à la propriété des droits, une partie significative de la doctrine est réticente à admettre qu'il s'agit d'une véritable propriété. Les auteurs affirment que le plus pertinent est de se référer à la « titularité » des droits. Cependant, ils admettent que la notion de « titularité » ne diffère pas, au fond, de celle de propriété : Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Concepto n° 73613 du 28 décembre de 2007 : http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0073613_2007.htm (consulté le 4 mars 2016).

ainsi que l'opposabilité *erga omnes* de ceux-ci⁴⁹². La titularité serait donc une notion propre aux droits dans la mesure où il s'agirait toujours de biens créés *ex nihilo*. Cette méconnaissance du rapport de titularité entre les sujets et leurs droits serait à l'origine du phénomène de réification des droits, ayant pour conséquence une grave confusion entre le droit lui-même et son objet. Le risque le plus important serait celui d'une extension de la propriété au domaine des droits de la personnalité.

Cette réticence à considérer la propriété des créances semble avoir été confortée par l'ordonnance du 10 février 2016. En effet, la formulation du nouvel article 1196 du Code civil selon lequel « *Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat* » paraît distinguer entre la cession, contrat ayant pour objet les droits et les autres contrats, ayant pour objet l'aliénation de la propriété. Ainsi, les droits, tel le droit de créance, ne semblent pouvoir être, au sens strict du terme, objets de propriété.

176. Ce débat autour de la pertinence ou non de la thèse de la propriété des créances n'est pas méconnu d'autres systèmes juridiques. En droit vénézuélien par exemple, où la cession de créance est réglementée comme un type de vente en raison de l'influence du Code Napoléon⁴⁹³, une frange de la doctrine se prononce contre l'appréhension de la créance en tant qu'objet de propriété⁴⁹⁴.

De même, on peut constater qu'en droit colombien où la cession de créance n'est pas analysée comme une vente, une partie de la doctrine se prononce contre la théorie de la propriété des créances. Il s'agit de remettre en question l'assimilation pure et simple de la cession de créance à l'acte de tradition⁴⁹⁵. La raison principale invoquée tient au fait que la tradition est un acte translatif de propriété : les créances n'étant pas objets de propriété, il ne serait pas possible de considérer la cession, en tant qu'acte permettant la transmission de créance, comme un acte de tradition au sens strict du terme⁴⁹⁶.

⁴⁹² G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les biens*, 2^e éd., Sirey, 1980, n° 6, p. 5-6 ; L. RIGAUD, *Le droit réel, histoire et théories*, thèse Toulouse, 1912, p. 395-397 ; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, *Les biens, op.cit.*, n° 44 ; C. CARON et H. LECUYER, *Le droit des biens*, Dalloz, coll. connaissance du droit, 2002, p. 12 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t.III, *Les biens, op.cit.*, n° 43, p. 76 ; E. ROGUIN, *Science juridique pure*, t. III, Lausanne, 1923, n° 1096, note 1, qui estimait que la faculté d'aliéner son droit, qui attirait tout particulièrement l'attention de la doctrine quant à l'existence d'une relation subjective entre la personne et son droit, « *n'est pas essentielle à la notion de propriété, ni à celle d'un droit quelconque, puisque cette faculté n'a trait qu'à la titularité du droit* ».

⁴⁹³ V. *supra* n° 142.

⁴⁹⁴ A. DE JESUS O., *La cesión de créditos, op.cit.*, p. 24 : « *Mais sans aucun doute, le débat le plus important en ce qui concerne la transmission des créances et qui a son origine dans la place accordée aux dispositions à propos de la cession à l'intérieur du contrat de vente, est celui relatif à l'effet principal de la vente : la transmission de la propriété de la chose vendue* ».

⁴⁹⁵ V. *supra* n° 162.

⁴⁹⁶ F. TERNERA BARRIOS, « *Realidad y personalidad de los derechos patrimoniales* », *Estudios de Derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*, Universidad Diego Portales, Fundación Fueyo et Universidad del Rosario, F. Mantilla Espinosa et C. Pizarro Wilson (dir.), n° 11, p. 349, note 17 : « *On parle alors d'une véritable hypertrophie du concept de droit de propriété, en ce sens que la qualité de propriétaire est confondue avec celle du titulaire d'un droit patrimonial ou extrapatrimonial. Il faudrait ajouter que l'extension illimitée du concept de propriété et des objets qui pourraient être l'objet de celle-ci rendrait inutile l'étude des autres matières du droit car le traitement de presque tous les sujets se cantonnerait à l'étude de la propriété* » (nous soulignons). Voir égal. M.-E. CAMACHO LÓPEZ,

177. Les raisons invoquées à l'appui du refus de la propriété des créances paraissent irréfutables cependant, à y regarder de plus près, la vision selon laquelle les créances ne peuvent être objets de propriété n'est pas totalement convaincante. Ainsi, l'obstacle apparent tiré de l'impossibilité de concevoir les créances comme des objets de propriété afin de rejeter l'analyse de la cession de créance en une vente peut être surmonté.

2- *Le dépassement de l'obstacle*

178. Ce n'est qu'à partir d'une vision renouvelée de la propriété qu'il est possible d'appréhender les créances comme des objets de propriété. Il est donc opportun de s'attarder, succinctement, sur les origines ainsi que les contours de cette approche renouvelée de la propriété, avant de s'intéresser à son incidence sur notre recherche.

179. On peut faire remonter l'origine d'une vision renouvelée de la propriété aux travaux de Ginossar. Cet auteur est revenu sur la distinction traditionnelle entre droit réel et droit personnel en arrivant à la conclusion que la propriété ne devrait être considérée comme un droit réel⁴⁹⁷ mais comme un lien d'appartenance entre une personne et un bien⁴⁹⁸. Après Ginossar, d'autres auteurs⁴⁹⁹ se sont intéressés à ce sujet parmi lesquels, pour citer l'un des plus représentatifs, M. Zenati-Castaing. De son point de vue, l'aspect essentiel de la propriété est le rapport d'exclusivité qu'elle permet d'établir entre un propriétaire et une chose⁵⁰⁰.

Bien que le débat relatif à la propriété des droits ne soit pas aussi vif en droit colombien qu'en droit français, il n'y est pourtant pas absent⁵⁰¹. Certains auteurs colombiens dénoncent effectivement l'ambiguïté de la notion de *propriedad* ainsi que l'existence de plusieurs obstacles à l'appréhension de celle-ci en tant que droit réel⁵⁰². Une partie de la doctrine contemporaine chilienne partage aussi cette idée selon laquelle la propriété ne doit pas être appréhendée comme étant elle-même un droit sinon une relation d'appartenance entre une personne et une chose⁵⁰³.

Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno, op. cit., p. 338-339 ; F.-A. CASTILLO MAYORGA, « La cesión de créditos », art. préc., p. 418.

⁴⁹⁷ S. GINOSSAR, « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD civ.* 1962, p. 573 s.

⁴⁹⁸ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créances, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, n° 12, p. 33.

⁴⁹⁹ J. GRANOTIER, *Le transfert de propriété des valeurs mobilières*, Préf. D. Cohen, *Economica*, n° 71, p. 44.

⁵⁰⁰ F. ZENATI-CASTAING, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 314.

⁵⁰¹ F. TERNERA BARRIOS, « Realidad y personalidad de los derechos patrimoniales », art. préc., n° 5, p. 347.

⁵⁰² F. HINESTROSA, *Apuntes de derecho romano, Bienes*, op.cit., n° 9 et s.

⁵⁰³ R.-S. VITERI-MONTALDO, « La posesión de derechos en el código civil chileno », Monografía, Facultad de derecho, Universidad de Chile, 2014, p. 15 : « *Autrement dit, le propriétaire (titulaire du dominium) est un terme technique scientifique qui ne désigne pas un droit en lui-même mais la situation d'appartenance d'une chose à l'égard d'un sujet* ».

Néanmoins, il semble que la doctrine colombienne n'ait pas suffisamment profité des avancées de la doctrine chilienne contemporaine sur cette question qui apparaissent non seulement éclairantes mais surtout utiles en raison de la proximité conceptuelle des deux systèmes juridiques.

En effet, recherchant la véritable signification des dispositions du Code civil chilien reconnaissant la propriété des droits tant réels que personnels -qui pourraient être transposées dans le Code civil colombien⁵⁰⁴, le professeur chilien Guzmán Brito affirme que la possibilité de faire référence à la propriété des droits s'explique par le fait que la propriété ne serait pas un droit réel mais un lien d'appartenance ou d'exclusivité entre un individu et une chose⁵⁰⁵. Le rapprochement entre la position de M. Guzmán Brito et la conception défendue par la doctrine contemporaine française relative à l'analyse de la propriété en un lien d'appartenance ou d'exclusivité est indéniable.

180. Quant aux contours de cette vision renouvelée de la propriété, cette dernière serait avant tout un lien juridique entre le sujet et ses biens et aurait donc un caractère subjectif. Par conséquent, ce ne serait pas à proprement parler la propriété en tant que lien, soit d'exclusivité, soit d'appartenance, qui serait transférée mais le bien objet de propriété⁵⁰⁶.

C'est précisément cette nouvelle approche de la propriété qui sert de fondement à une partie importante de la doctrine contemporaine afin d'expliquer de nombreuses situations dans le

⁵⁰⁴ Comme on a eu l'opportunité de le signaler, le Code civil colombien reprend celui rédigé par Andrés Bello pour la République chilienne. Cela explique que les dispositions relatives à la classification des biens ainsi que celles concernant la propriété des droits aient un contenu semblable. En effet, les articles 664 et 670 du Code civil colombien disposent respectivement, à l'instar des articles 576 et 583 du Code civil chilien, que les créances sont des biens et que sur elles existe un type de propriété. À propos de la propriété sur les biens incorporels en droit chilien: E. NAVARRO BELTRÁN, « Constitucionalización del derecho civil: la propiedad sobre bienes incorporeales en la jurisprudencia », *Sesquicentenario del código civil de Andrés Bello, pasado, presente y futuro de la codificación*, M. D. Martinic G. et M. tapia (dir.), t. I, LexisNexis, 2005, p. 517-531.

⁵⁰⁵ A. GUZMÁN BRITO, *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*, Editorial jurídica de Chile, 1995, p. 139 et s.

⁵⁰⁶ C. SEVELY-FOURNIE, *Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé, contribution à l'étude de l'acte juridique*, Préf. L. Rozes, Dalloz, 2010, n° 112, p. 170 : « Dans l'acte translatif, il n'y a donc pas au sens strict du terme « circulation » du droit de propriété : cette opération consiste dans l'extinction d'un droit de propriété et dans la création concomitante d'un nouveau droit de propriété dans la personne d'un autre, la première opération ayant lieu dans le but de la réalisation de la seconde ». Cependant, les auteurs précisent qu'il est possible, sous réserve d'accorder au terme « propriété » un sens objectif désignant la chose même objet de propriété, de continuer à utiliser l'expression « transfert de propriété » ; J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil », art. préc., n° 20, p. 487-488 : « Dans l'exposé des motifs du projet de loi sur la propriété, Portalis explique que le droit de propriété est un attribut de la personne et se trouve « dans la constitution même de notre être, et dans nos différentes relations avec les objets qui nous environnent ». Ici, le changement n'est que de pure forme : on ne parle plus de puissance mais de droit. (...) Mais il importe de ne pas confondre ce sens du terme propriété avec celui qu'il revêt dans d'autres articles du code, tels que par exemple les articles 652, 672, 680, 2167, 2179, 2182, et surtout 1583. Dans ces textes, la propriété ne désigne pas le lien de maîtrise existant entre la personne et la chose (sens subjectif), mais la chose elle-même, ou plus exactement la proprietas, c'est-à-dire la qualité de la chose qui la rend propre à quelqu'un (sens objectif) » (nous soulignons).

domaine des procédures collectives⁵⁰⁷, ainsi que dans celui du droit des sûretés⁵⁰⁸. Ce phénomène s'explique par l'insuffisance et les limites de la théorie objective ou classique de la propriété⁵⁰⁹.

Soulignons que cette vision renouvelée de la propriété peut compter sur l'appui de la Cour européenne des droits de l'Homme et du Conseil constitutionnel français. En effet, d'après l'article 1^{er} du Protocole de la Convention européenne des droits de l'Homme, les créances sont reconnues comme des objets de propriété⁵¹⁰.

181. Si cette conception s'avère indispensable dans le cadre de notre recherche, c'est parce qu'elle permet de répondre de façon satisfaisante aux critiques avancées par la doctrine classique à l'encontre de la propriété des créances⁵¹¹.

En effet, en n'appréhendant plus la propriété comme un droit réel mais comme un lien d'appartenance ou d'exclusivité entre un sujet et une chose, elle permet de décrire parfaitement le rapport existant entre le créancier et sa créance, bien incorporel.

Est-ce à dire que la reconnaissance de la propriété des créances entraînerait le risque, comme le dénonce une partie de la doctrine, d'une extension de la notion de propriété au-delà de la sphère patrimoniale en la vidant finalement de tout sens ?⁵¹² Nous ne le pensons pas. Indépendamment de son appréhension en tant que lien d'exclusivité ou d'appartenance, la propriété reste un vecteur de patrimonialité. En d'autres termes, la propriété est le critère permettant aux choses d'être considérées comme des biens⁵¹³.

⁵⁰⁷ M. LAROCHE, *Revendication et propriété - Du droit des procédures collectives au droit des biens*, Préf. Ph. Théry, Defrénois, 2007, n°218, p. 142.

⁵⁰⁸ C. LISANTI-KALCZYNSKI, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, Préf. F. Pérochon, Litec, 2001, n° 31, p. 34-35. Voir d'une manière générale sur l'avantage de l'analyse renouvelée de la propriété : B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, Préf. L. Aynès, LGDJ, 2008, n° 47, p. 43 : « L'approprié, c'est le réservé. L'attribution d'une chose, en propre, à une personne, caractérise la propriété. Elle seule supprime toute concurrence de principe sur la chose qui en est l'objet : c'est cette caractéristique particulière qui la définit dans sa réalité profonde aussi bien qu'en technique juridique ».

⁵⁰⁹ M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ.* 1997, n° 22, p. 601.

⁵¹⁰ R.-N. SCHUTZ, *Rép. civ.*, V° « Inaliénabilité », spéc. 16 ; Voir F. ZENATI, obs. sur Cour EDH 9 déc. 1994, *Raffineries grecques StranetStratisandreadis c/ Grèce*, n° 22/1993/417/496, *RTD civ.* 1995.652, spéc. p. 653 : « C'est sur ce dernier point surtout que la décision mérite attention. La théorie classique de la propriété présente ce droit comme une prérogative portant exclusivement sur les biens corporels, bien que les fondements historiques de cet axiome soient douteux et que celui-ci corresponde de moins en moins aux nécessités de l'époque contemporaine. Elle se trouve de plus en plus prise en défaut tant en droit interne qu'en droit international ».

⁵¹¹ D'ailleurs, il est intéressant de constater que dans le corps et compilations sur la coutume de Paris, Ferrière faisait référence à la propriété des créances en signalant que si la notification de la cession au débiteur était nécessaire, cela s'expliquait par le fait que c'était à partir de ce moment là que la propriété était transmise : C. FERRIERE, *Corps et compilations sur la coutume de Paris*, t. II, 2^e éd., 1714, p. 127, n° 7 : « Transport ne saisit pas s'il n'est signifié, c'est-à-dire qu'il n'attribue droit de propriété, & ne transfère la possession du cédant au cessionnaire pour l'en rendre possesseur & pouvoir exécuter le débiteur ».

⁵¹² D. GUTMAN, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, les ressources du langage juridique », *APD*, t. 43, *le droit et l'immatériel*, Sirey, 1999, p. 74 : « Plus sûrement, ils n'hésitent pas à donner de la propriété les définitions les plus floues, pour en faire, par exemple, la technique de base permettant un échange en société, voire le modèle ultime du droit subjectif. On serait alors propriétaire d'une information comme on peut être propriétaire de son chien, de ses créances, de sa vie privée, de ses sentiments ou de ses actes. La propriété deviendrait une affaire de jeu de mots, un modèle tantôt « adopté » tantôt « reproduit » de façon « fidèle » ou « rudimentaire », en bref un paradigme sur lequel on pourrait divaguer à l'infini sur le mode métaphorique. Le droit privé dans son ensemble-hormis peut-être certains aspects du droit des personnes-ne serait plus qu'une vaste broderie sur le canevas du droit de propriété ».

⁵¹³ M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », art. préc., n° 39, p. 613 : « Si la propriété protège uniquement les choses patrimoniales, d'autres rapports que la propriété peuvent être juridiquement protégés et, partant, d'autres choses que les choses patrimoniales.

Les travaux du professeur Guzmán Brito sur la propriété des droits se révèlent très pertinents à ce sujet. Ils montrent en effet que si le champ d'application de la propriété peut s'étendre au-delà des choses corporelles pour atteindre les droits, il n'est pourtant pas possible d'en admettre une extension absolue. La limite serait, au regard des dispositions prévues dans les législations chilienne et colombienne, le champ des droits réels mais aussi celui des droits personnels, ce en raison de l'évaluation monétaire de tels droits⁵¹⁴.

Cette conception se rapproche certainement de celle défendue par M. Laurent⁵¹⁵ qui propose une classification nouvelle des droits subjectifs en distinguant des « droits-exclusion » et des « droits-prestation ». Ces derniers seraient les seuls à pouvoir être appréhendés comme des objets de propriété. Il est intéressant de signaler que pour cet auteur, de même que pour le professeur chilien Guzmán Brito, les droits réels et les droits personnels seraient les seuls à pouvoir être conçus comme des objets de propriété en raison, précisément, de leur appartenance à la catégorie des droits-prestation.

Par ailleurs, cette vision renouvelée est à l'origine du déclassement de la propriété de la catégorie des droits réels. Par conséquent, l'exclusion de la propriété des créances au motif de l'impossibilité d'exercer un droit réel sur un droit personnel n'est plus un argument décisif.

Enfin, quelques remarques s'imposent quant à la critique relative à la méconnaissance du rapport classique entre les sujets et leurs droits à travers le critère de la *titularité*. En premier lieu, on peut noter qu'une frange importante de la doctrine française signale, bien que le recours à la notion de titularité soit assez fréquent, qu'il s'agit d'une notion peu étudiée en tant que telle. En second lieu,

C'est bien un signe de notre société utilitariste que de ne pas voir de salut (juridique) en dehors de la propriété. Comme si le droit n'avait pour objet que de protéger la propriété (...). Le droit doit dire l'inappropriable, c'est-à-dire le poser, mais aussi le nommer. Il faudrait en effet trouver un nom pour le lien qui unit la personne aux « choses » extrapatrimoniales, c'est-à-dire aux « choses » qui ne sont pas des biens, qui ne sont pas susceptibles d'appropriation. Il est révélateur que l'homme, s'il a donné un nom à son rapport aux choses patrimoniales - il s'agit de la propriété - n'a pas encore trouvé de nom pour son rapport aux « choses » plus intimement liées à lui-même, c'est-à-dire finalement pour son rapport à lui-même ».

⁵¹⁴ H. CORRAL TALCIANI, « Propiedad y cosas incorporeales. Comentarios a propósito de una reciente obra del profesor Alejandro Guzmán Brito », *Revista chilena de Derecho*, vol. 23, n° 1, 1996, p. 16. *Contra* : R. LEGAROS ZEGERS, « Objeciones a un fallo », *Revista Chilena de derecho*, vol. 22, n° 3, 1995, p. 556 : « Dans le Code Napoléonien, modèle du nôtre, la propriété est définie d'une façon similaire à celle prévue à l'article 582 de notre code, mais il se réfère aux choses et non aux choses corporelles. Malgré cela, la doctrine française considère que la véritable propriété s'exerce sur les choses corporelles et que si pour les incorporels ou droits le concept est utilisé, cela ne s'explique que pour le but d'exclure aux tiers de la titularité du droit. Il faut conclure, par conséquent, qu'il n'y a une véritable propriété que sur les choses corporelles ». La jurisprudence colombienne semble adopter une conception large de la propriété en se fondant sur les dispositions du Code civil colombien : Corte Constitucional colombiana, Sentence T- 302/2011, 28 avril 2011, M.R. : Juan Carlos Henao, spéc. n° 8.6.6. – 8.6.8.

⁵¹⁵ J. LAURENT, *La propriété des droits*, *op.cit.*, n° 81, p. 64 : « Si ce droit singulier (droit-prestation) est reconnu à quelqu'un, c'est tout d'abord qu'il n'appartient pas à un autre. Plus encore, ce qui caractérise ce droit-objet et l'oppose au droit-exclusion, c'est qu'il est le vecteur du pouvoir du sujet à l'égard d'un autre sujet déterminé. En vertu d'un tel droit, il ne sera pas question pour son titulaire d'écarter autrui de l'accès à tel ou tel de ses biens mais d'escompter d'un tiers déterminé la fourniture d'une prestation spécifique. Ce qui caractérise ce type de droit est donc un contenu, une certaine prestation qui fournit un avantage effectif et déterminé à son titulaire. Nous parlerons de « droit-prestation ». Au contraire du droit-exclusion, le droit-prestation est fondamentalement relationnel parce que la prérogative portée par de tels droits prend corps dans le service qui est dû par autrui. Celui-ci pourra se concevoir très largement comme étant la faculté d'obtenir quelque chose d'autrui mais également de pouvoir faire telle action sans que cet autrui ne puisse s'y opposer ; le service dû par ce dernier étant alors, a minima, de souffrir ce comportement ou, plus couramment, d'en assurer l'effectivité ».

la titularité n'exprimerait qu'une relation entre un sujet et son droit dans laquelle le second appartiendrait au premier. La titularité ne désignerait donc pas seulement une manière d'identifier l'attributaire ou un rapport indéfini entre un sujet et ses droits ; elle signalerait une appartenance exclusive du droit à son sujet. La titularité serait ainsi une sorte d'appropriation⁵¹⁶. Ce serait d'ailleurs en raison d'une telle titularité que les droits seraient opposables à tout le monde. Ainsi entendue, la titularité ne ferait que désigner le même rapport d'exclusivité que la propriété⁵¹⁷. Ces arguments sont assez convaincants pour considérer que le critère de la *titularité* ne se révèle vraiment pas utile en tant que substitut à la *propriété*⁵¹⁸.

182. Il reste à déterminer si le nouvel article 1196 du Code civil français issu de l'ordonnance du 10 février 2016, relatif à l'effet translatif du contrat, peut être considéré comme un argument décisif en faveur du rejet de la théorie de la propriété des créances. Nous ne le pensons pas. Le fait que le législateur ait pris soin de préciser qu'aussi bien le transfert de la propriété que le transfert d'autres droits s'opère lors de la conclusion du contrat peut davantage s'expliquer par une raison pratique que par une prise de position définitive quant à la thèse de la propriété des créances. Il s'agirait d'ôter tout doute sur le fait que le transfert de biens, indépendamment de leur nature corporelle ou incorporelle, soit un effet du contrat et non le résultat de l'exécution d'une obligation de donner.

183. On vient de montrer que l'obstacle fondé sur le refus de la propriété des créances pour remettre en cause l'assimilation de la cession de créance à un contrat de vente n'est qu'apparent. En revanche, il existe de réels obstacles à cette identification qui méritent d'être analysés.

⁵¹⁶ Th. JACOB, *Cession de créance et opposabilité*, thèse Strasbourg, 2015, n° 35, p. 34.

⁵¹⁷ J. LAURENT, *La propriété des droits*, op. cit., n° 222, p. 176 : « Choisir la titularité contre la propriété impliquait en outre de forger pour celle-ci une notion précise ainsi qu'un régime adéquat. Or, comme nous l'avons établi, d'une part, il n'existe aucune construction positive de la titularité qui reste un concept vide de tout contenu, si l'on excepte une vague idée d'appartenance exclusive d'un droit à un sujet. D'autre part, la titularité ne peut être rapportée à aucune notion connue permettant de satisfaire au rôle qui lui est dévolu : ni le patrimoine, ni les concepts d'appartenance, de faculté de disposition, ou bien encore de personnalité ou de capacités juridiques ne sont en mesure d'assurer la fonction de réservation exclusive des droits. Par contraste, l'adéquation parfaite de la propriété à remplir sur le plan technique cet office finit d'établir que la titularité n'est que le faux-nez de cette dernière. Rien d'étonnant si on se rappelle que la loi ne connaît qu'un seul instrument permettant le rattachement exclusif des choses aux personnes : la propriété » (nous soulignons).

⁵¹⁸ Cependant, le recours à la notion de titularité pourrait être utile afin de désigner le rapport existant entre le créancier et son débiteur. En effet, lorsque le créancier agit à l'encontre de son débiteur, il ne le fait pas en tant que propriétaire de sa créance mais en tant que titulaire d'un droit. En revanche, lorsque le créancier cède sa créance, il agit en tant que propriétaire de celle-ci. Rapp. C. LISANTI-KALCZYNSKI, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, op. cit., n° 31, p. 35 : « Nous noterons simplement que l'analyse classique de la créance n'explique pas son aspect objectif. Quant à la théorie de la propriété des créances, elle occulte les caractères propres de la créance. Reconnaître à la créance la nature de bien ne doit pas conduire à nier la relation existant entre le créancier et le débiteur. Ainsi, les deux analyses paraissent complémentaires. L'approche objective met en avant la nature de bien et révèle le rattachement de la créance au patrimoine par une idée d'appartenance. L'approche subjective rend compte de l'existence du lien avec le débiteur ».

B- Les obstacles réels

184. Le traitement de la cession de créance dans le titre consacré au contrat de vente, conformément aux dispositions du Code civil français avant l'ordonnance du 10 février 2016, tentait d'occulter le rapport existant entre la cession de créance et d'autres actes translatifs. Cette dissimulation n'est toutefois pas exempte de critiques. Deux principales peuvent être esquissées. Premièrement, les rédacteurs du Code Napoléon, eux-mêmes, n'avaient pas méconnu l'existence d'un rapport certain entre la cession de créance et les actes translatifs autres que la vente. Deuxièmement, cette conception était à l'origine d'une vision artificielle selon laquelle la cession de créance était un acte essentiellement spéculatif.

185. Concernant la première critique, une lecture attentive de quelques dispositions relatives à la cession de créance de droit commun et à d'autres règles éparses concernant la cession de droits en général, montre que les rédacteurs du Code Napoléon avaient reconnu, soit expressément, soit tacitement, le rapport entre la cession de créance et d'autres opérations juridiques différentes de la vente.

Quant à la reconnaissance expresse, la disposition prévue à l'article 1701, alinéa 2 du Code civil français en témoigne. En effet, il prévoit l'impossibilité pour le débiteur de la créance cédée de bénéficier du retrait litigieux dans l'hypothèse où la cession a été faite au bénéfice d'un créancier en paiement de ce qui lui est dû. Les rédacteurs du Code Napoléon reconnaissaient déjà la possibilité de réaliser une cession de créance à titre de paiement ou de dation en paiement⁵¹⁹. Sans approfondir la réflexion sur ce cas spécifique de cession⁵²⁰, il convient d'insister sur le fait que la disposition mentionnée conforte l'idée de l'impossibilité de rattacher la cession de créance exclusivement au contrat de vente.

Il en est de même de l'article 783 du Code Napoléon relatif à la cession de droits successifs réalisée par un héritier qui reconnaît expressément la possibilité de réaliser une cession à titre gratuit.

Cette vision trompeuse de la cession de créance en tant que vente explique que les juges du fond se soient prononcés, dans une affaire jugée sous l'empire de la législation ancienne, contre la

⁵¹⁹ F. BICHERON, *La dation en paiement*, Préf. M. Grimaldi, Editions Panthéon-Assas, 2006, n° 463, p. 386 : « Pour que la notion de dation en paiement par transfert d'une créance conserve un sens, il suffit de considérer que l'effet extinctif se produit, non pas au paiement effectif de la créance cédée, mais dès le transfert de la propriété de la créance. Ainsi, le créancier reçoit la créance directement en paiement prenant ensuite le risque d'être payé ou non. Dans cette hypothèse, M. François estime qu'il ne peut pas y avoir dation en paiement, car il se serait opéré une novation par changement de débiteur. Cette opinion ne peut être suivie pour la simple raison que la dation en paiement n'opère pas novation ». À propos de la cession-paiement et des effets de son utilisation pendant la période suspecte : C. LISANTI, « Période suspecte, paiement anticipé et cession Dailly : revirement de jurisprudence ? », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté*, 1 nov. 2015, n° 6, p. 378 et s.

⁵²⁰ Pour quelques approfondissements à propos de ce type spécial de cession : V. LASBORDES, « L'actualité de la cession de créance », *LPA*, 14 nov. 2002, n° 228.

possibilité de réaliser la cession d'une créance litigieuse à titre gratuit. Or, c'est précisément en raison de la reconnaissance du rapport existant entre la cession de créance et les actes à titre gratuit, que la haute juridiction judiciaire a procédé à la cassation de la décision⁵²¹.

Pour ce qui est de la reconnaissance tacite, il convient de signaler, à titre d'exemple, l'article 815-14 du Code civil français. Cette disposition concerne la procédure à laquelle est tenu l'indivisaire qui entend céder, à *titre onéreux*, tout ou partie de ses droits sur les biens indivis ou sur un ou plusieurs de ces biens. Si le législateur a précisé qu'une telle procédure avait lieu dans l'hypothèse d'une cession à titre onéreux, cela ne s'explique que par une reconnaissance implicite de la possibilité de réaliser des cessions à titre gratuit.

186. Outre les dispositions mentionnées, le législateur contemporain conteste expressément l'assimilation de la cession de créance et du contrat de vente. Il en est ainsi de la consécration de la cession Dailly utilisée principalement à des fins de financement ou de garantie⁵²², ainsi que de la reconnaissance explicite, dans le Code civil, de la cession fiduciaire de créance⁵²³.

187. Outre l'obstacle tiré de la reconnaissance expresse ou tacite du rapport entre la cession de créance et d'autres opérations translatives différentes de la vente, l'assimilation de la cession à la vente présente un obstacle majeur : celui d'empêcher effectivement de bien cerner les rapports existant entre la cession de créance et d'autres mécanismes translatifs, telle la subrogation personnelle consentie par le créancier.

En effet, cette assimilation de la cession de créance au contrat de vente continue d'être invoquée par la doctrine majoritaire afin de soutenir la distinction classiquement opérée entre la cession de créance et la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* : la cession de créance, en tant que vente d'une créance, serait un acte spéculatif tandis que la subrogation, fondée sur un paiement, serait un « service d'ami »⁵²⁴.

⁵²¹Cass. com. 31 mars 1998, *LPA*, 19 mai 1999, n° 99, note C. Humann, spéc. p. 18 : « *La logique apparente de cette affirmation (celle selon laquelle si le droit litigieux a été transmis à titre gratuit, l'on ne peut plus parler précisément de cession) est cependant condamnée, à juste titre nous semble-t-il, par la Cour de cassation qui affirme que « La cession de créance peut être faite à titre gratuit. Une telle solution doit être approuvée. La cession peut être à titre onéreux ou à titre gratuit. Aucun texte n'impose l'existence d'un prix »* (nous soulignons).

⁵²²La loi dite « Dailly » du 2 janvier 1981, modifiée par la loi du 24 janvier 1984 et complétée par le décret du 9 septembre 1981, a prévu la possibilité, soit d'un nantissement, soit d'une cession de créances professionnelles par bordereau, laquelle serait opposable aux tiers sans avoir à respecter les formalités de l'article 1690 du Code Napoléon, applicables en matière de cession de créance avant l'ordonnance du 10 février 2016. Sur la cession Dailly : S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *Droit bancaire*, Economica, 2011, n° 518 et s. p. 521 et s. ; J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, 6^e éd., Dalloz, 1995, n° 526 et s. p. 503 et s. ; Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, 11^e éd., LGDJ, 2015, n° 739 et s., p. 536 et s.

⁵²³La fiducie a été introduite en droit français par une loi de 2007. La cession fiduciaire de créances est consacrée à l'article 2018-2 du Code civil français.

⁵²⁴F. LAURENT, *Principes de Droit civil français*, t. XVIII, Bruxelles, Paris, 1878, n° 9, p. 19 : « *Cela suffit pour établir une distinction fondamentale entre la subrogation et le transport d'une créance : l'une est un paiement et l'autre est une vente. Cette différence, qui résulte de la nature des choses et que le consacre par sa classification, est cependant méconnue dans l'application, tantôt par les auteurs, tantôt par la*

188. Au-delà des obstacles réels qui viennent d'être signalés, la remise en cause de l'assimilation de la cession de créance à un contrat de vente est aussi confortée par le caractère non-déterminant des justifications de l'assimilation.

C- Le caractère non déterminant des justifications de l'assimilation

189. Aucune justification historique ou d'ordre pratique ne se révèle déterminante pour conforter l'assimilation de la cession de créance au contrat de vente. Différentes raisons peuvent être invoquées pour mettre en question le caractère décisif de telles justifications.

190. S'agissant des arguments de nature historique, il a été souligné que l'origine de la confusion entre le contrat de vente et la cession de créance pourrait être l'assimilation faite, tant par les textes romains que par ceux que l'on qualifie de « pères du Code Napoléon », entre ces deux opérations. Cependant, une étude plus approfondie révèle, malgré un rapport certain entre la cession de créance et le contrat de vente, que ces deux opérations ne se confondaient pas.

De nombreuses références de textes romains montrent l'existence d'un lien entre la cession de créance et d'autres opérations différentes de la vente, telles que le legs, la donation, et même la dation en paiement. S'agissant du lien entre la cession et le legs, on peut citer, à titre d'exemple, certains fragments du *Digeste* qui témoignent de la possibilité de léguer une créance selon différentes modalités⁵²⁵, tout en précisant que le légataire n'acquiert pas la créance léguée à partir du décès du testateur mais à compter de la cession de créance qui devrait lui être faite par les héritiers du *de cuius*⁵²⁶.

jurisprudence » et n° 16, p. 31 : « Les cessions de créances en matière civile se font presque toujours pour un prix inférieur au montant nominal de la créance ; cela n'empêche pas que le cessionnaire ne puisse réclamer le paiement intégral de la créance qu'il a achetée ; le tiers débiteur ne peut pas se prévaloir de ce qui s'est passé entre le cédant et le cessionnaire, il reste étranger à la cession, et ce n'est pas dans son intérêt qu'elle se fait. C'est une spéculation qui a quelque chose d'aléatoire : le cessionnaire doit profiter des bonnes chances, comme il subit les mauvaises. Il n'en est pas de même dans la subrogation : c'est un paiement ; si la loi autorise la fiction qui permet au créancier de transporter au subrogé les droits du créancier qu'il paye, c'est pour favoriser la libération » (nous soulignons). Il s'agit aussi de la thèse défendue par certains auteurs contemporains : E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op.cit., n° 554, p. 339 : « Le cessionnaire pourra exiger à l'échéance le paiement du montant nominal de la créance, alors même qu'il l'aurait acquise à un prix inférieur. La cession de créance a un caractère spéculatif » (nous soulignons).

⁵²⁵ F. MACKELDEY, *Manuel de droit romain contenant les Institutes, précédé d'une Introduction à l'étude du droit romain*, traduit de l'allemand sur la 10^e éd. Par Jules Beving, Bruxelles, 1837, § 709, p. 390 : « Parmi le legs de choses incorporelles, il faut ranger en particulier : 1° le legs d'une créance (legatum nominis), lorsque le testateur lègue une créance que lui ou son héritier a à charge d'un tiers ; 2° le legs de libération (legatum liberationis), lorsque le testateur lègue à quelqu'un ce que celui-ci doit soit à lui-même, soit à un tiers ; 3° le legs d'une dette (legatum debiti), lorsqu'on lègue à son créancier ce qu'on lui doit ; ce legs n'est valable que lorsqu'il est utile au légataire ». Voir également : M.-E. CAMACHO LÓPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, op. cit., p. 93 et s.

⁵²⁶ Comme il était d'ailleurs le cas pour le legs de n'importe quel autre type de bien. En effet, le droit romain distinguait entre le droit du légataire sur le legs, lequel naissait à partir du moment du décès du testateur et pouvait être transmis aux héritiers dudit légataire, et le droit de propriété sur l'objet légué, lequel n'avait lieu que par la mise en possession faite par les héritiers du *de cuius*. Ce qui ne paraît pas être le cas dans nos systèmes juridiques contemporains.

De même, ces fragments reconnaissent la possibilité, en faveur du légataire d'une créance, de bénéficier d'une action utile en cas de refus des héritiers de procéder à la cession⁵²⁷.

Pour ce qui est du rapport entre la cession de créance et la donation⁵²⁸, l'une des constitutions de Justinien le reconnaît en étendant le champ d'application de la loi Anastase relative au bénéfice du retrait litigieux ; question sur la quelle nous reviendrons lors de l'étude de la situation du débiteur⁵²⁹. Soulignons cependant que grâce à une constitution de l'Empereur Anastase, le débiteur d'une créance cédée avait la possibilité de se libérer en remboursant au cessionnaire le prix que celui-ci avait payé effectivement pour la créance, indépendamment du montant nominal de celle-ci⁵³⁰. Le bénéfice du retrait n'avait donc vocation à être appliqué que dans l'hypothèse de la vente d'une créance.

Précisément, et pour échapper au retrait litigieux, les cessionnaires se faisaient céder les créances, une partie au titre de vente, qui correspondait au prix payé, et le surplus au titre de donation. La cession n'ayant pas eu lieu exclusivement au titre de vente, le débiteur ne pouvait invoquer en sa faveur le bénéfice du retrait litigieux. Pour mettre fin à cette situation, Justinien décida de compléter la loi Anastase en disposant qu'un tel bénéfice pouvait être mis en œuvre même dans les hypothèses d'une cession de créance réalisée partiellement à titre de vente et partiellement à titre de donation. Ainsi, le cessionnaire ne pouvait demander au débiteur plus que ce qu'il aurait effectivement payé comme prix pour la vente de la créance⁵³¹.

Enfin, s'agissant du rapport entre la cession de créance et le procédé que l'on connaît aujourd'hui comme la dation en paiement⁵³², il est vrai que la doctrine ne s'accorde pas sur la période exacte à laquelle le droit romain l'aurait reconnue⁵³³. Cependant, différents textes romains témoignent

⁵²⁷ F. MACKELDEY, *Manuel de droit romain contenant les Institutes, précédé d'une Introduction à l'étude du droit romain*, op. cit., § 713, p. 392 : « Il ne faut pas confondre l'acquisition des droits qui font l'objet du legs, avec l'acquisition du droit sur le legs dont sa transmission dépend. Le légataire acquiert le droit sur le legs, dès que le dies legati cedit ; il acquiert de plein droit, même à son insu et sans qu'il y ait besoin de l'accepter (...). Quant à l'acquisition des droits que le legs doit procurer au légataire, il faut distinguer les cas suivants : (...) 3° Mais il n'acquiert la créance léguée que par une cession faite par l'héritier ; cependant il a une action utile sans cette cession (§21, J, II, 20- fr. 44, §6 ; fr. 75, §2, D. XXX) » (nous soulignons).

⁵²⁸ E. CUQ, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, op. cit., p. 640 ; P. OURLIAC et J. De MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, t. I, op.cit., n° 214, p. 237.

⁵²⁹ V. *infra* n° 550 et s.

⁵³⁰ C., 4, 35, 22.

⁵³¹ S. MONCAYO RODRÍGUEZ, « La cesión de créditos litigiosos *ad potentiorem* Romana y su recepción en el Derecho civil mexicano », art. préc., p. 10, note 12 ; M.-E. CAMACHO LÓPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, op. cit. p. 269-273.

⁵³² Comme il est signalé par certains auteurs, l'expression « *datio in solutum* » n'apparaît ni dans le *Digeste* ni dans d'autres sources juridiques romaines : G. VILLAS ROSAS, « La recepción de la *datio in solutum* en las codificaciones europeas y latinoamericanas », *Revista de derecho privado*, n° 20, janvier-juin, 2011, Universidad Externado de Colombia, p. 52, note 1.

⁵³³ En effet, alors qu'une partie de la doctrine signale que la cession de créance à titre de dation en paiement n'aurait été reconnue qu'en droit post-classique avec l'Empereur Justinien, d'autres auteurs considèrent que cela aurait été possible dès la période classique. Voir à propos de cette discussion : G. VILLAS ROSAS, *ibidem*, p. 55 : « [...] D'autre part, il est majoritairement accepté qu'il est possible d'écarter la *datio in solutum* d'une créance (*nomen*) en droit romain classique, et cela parce que la *cessio solvendi causa* aurait dû être réalisée, en raison du principe d'intransmissibilité des obligations, soit par une *delegatio promittendi*, soit par la *procura in rem suam* à partir de l'introduction de la procédure formulaire. D'une façon concordante selon l'opinion unanime, la *datio in solutum* d'une créance n'a été valable que sous Justinien. Solazgi a soutenu, cependant, que l'expression *nomen in solutum dare* aurait été utilisée

de la possibilité pour un débiteur de céder, à des fins de paiement, l'une de ses créances en faveur de l'un de ses créanciers ; un mécanisme qui était qualifié de cession *solvendi causa*⁵³⁴.

En ce qui concerne la prétendue confusion opérée dans l'Ancien droit entre la cession de créance et la vente, une lecture attentive de la position des « pères du Code Napoléon » révèle qu'une telle indistinction n'est qu'apparente. Pothier, par exemple, même s'il dédie tout un chapitre de son *Traité sur la vente* à la cession de créance, se réfère également à celle-ci dans un *Traité portant sur la propriété*, plus précisément au moment de faire référence à la tradition des choses incorporelles⁵³⁵. Plus encore, il mentionne la cession de créance à titre de donation afin de préciser que la tradition de la créance serait non seulement une condition d'efficacité de la donation mais surtout une condition de validité de celle-ci⁵³⁶. Bourjon, pour sa part, consacre quelques commentaires à la cession de créance à titre de paiement⁵³⁷ et à titre de donation. Dans cette dernière hypothèse, à l'instar de Pothier, il considère que la perfection ainsi que la validité de la cession dépendent de l'accomplissement de la tradition qui, dans le cas particulier des créances, consisterait en la remise du titre⁵³⁸. De même, Domat propose plusieurs développements concernant la cession d'une créance à des fins de paiement⁵³⁹ et fait une référence sommaire à la cession de créance à titre de donation⁵⁴⁰.

dans un rescriptum de Dioclétien afin de signaler le cas du débiteur in rem suam procuratorem fecit (C. 4, 10, 6; C. 4, 15, 5; C. 8, 42,16). En tenant compte de l'uniformité du langage utilisée dans ce fragment, il a été récemment soutenu que la créance aurait pu être cédée pro soluto au moins à la fin du III^e siècle après J.C. ».

⁵³⁴ V. A propos de la discussion relative à la reconnaissance en droit romain de la possibilité et des modalités de cession de créances *solvendi causa* : M.-E. CAMACHO LOPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, op. cit. p. 113-120.

⁵³⁵ R.-J. POTHIER, *Traité du droit de domaine, de propriété*, Œuvres de Pothier par M. Bugnet, t. IX, 2^e éd., Paris, Cosse et Marchal, 1861, n° 214-217. Plus précisément, et afin d'insister sur l'impossibilité de réaliser une véritable tradition des créances : « Les choses incorporelles n'étant pas susceptibles de possession, puisque la possession consiste dans une détention corporelle qu'on a d'une chose, c'est une conséquence qu'elles ne sont pas non plus susceptibles de tradition, la tradition n'étant autre chose qu'une translation de possession. Néanmoins, comme à défaut d'une possession proprement dite, on reconnaît une espèce de quasi-possession des choses incorporelles, laquelle consiste dans l'usage qu'on en fait, il doit aussi y avoir une espèce de tradition des choses incorporelles (op. cit., n° 214) ».

⁵³⁶ R.-J. POTHIER, *Traité sur les donations entre vifs et le contrat de mariage*, t. I, Paris, 1810, p. 41 : « Quoique les choses incorporelles ne soient pas susceptibles ni de possession ni de tradition proprement dites, néanmoins la donation de ces sortes de choses n'est pas dispensée de la nécessité de la tradition ; et ce qui équipolle à la tradition à l'égard de ces sortes de choses, doit intervenir pour que la donation soit valable. C'est pourquoi, comme à l'égard des créances, c'est la signification que fait le cessionnaire de son transport au débiteur de la créance qui le saisit et qui équipolle à la tradition, suivant l'article 108 de la coutume de Paris qui est suivi partout ; il s'ensuit que pour que la donation d'une créance soit valable, il faut que le donataire signifie au débiteur la donation » (nous soulignons).

⁵³⁷ F. BOURJON, *Le droit commun de la France et de la coutume de Paris réduits en principes*, t. I, op.cit., p. 416 où l'auteur fait référence à la cession de créance dans le titre XIV, chapitre I (Des moyens par lesquels les biens deviennent propres). Il se réfère plus précisément à l'hypothèse de la dation en paiement d'une créance (n° XXII). De plus, cet auteur traite de la cession de créance en dehors du contrat de vente et plus précisément à propos de l'extinction d'actions : F. BOURJON, *Le droit commun de la France et de la coutume de Paris réduits en principes*, t.II, Paris, chez Grangé et Cellot, 1770, p. 556 où il traite de la cession de créance dans le titre VII (De l'extinction d'actions), chapitre II (Des différents actes qui équipollent à paiement), section I (du transport, et délégation). Voir également : art. 1 : « Le transport fait par un débiteur à son créancier pour demeurer par lui quitte, & accepté comme tel par le créancier, est un véritable paiement qui éteint la dette : il n'en est pas de même du mandement ; ce dernier est fort différent de l'autre, c'est-à-dire, du premier qui peut conserver l'ancienne action, ou en produire une nouvelle » (op. cit., p. 447).

⁵³⁸ F. BOURJON, *Le droit commun de la France et de la coutume de Paris réduits en principes*, t. II, op. cit., art.15, p. 95 : « Venons à la tradition par rapport aux actions. La tradition de fait par rapport au contenu en une obligation donnée, ou par rapport à des rentes constituées au profit du donataire, se fait par la remise du titre ès (sic) mains du donataire ; cette remise opère dépouillement et tradition ; ce serait ajouter à la Loi que de joindre à cette tradition d'autres formalités ».

⁵³⁹ J. DOMAT, *LesLoix civiles dans leur ordre naturel*, Section II, Des paiements, art. 3 : « Si un créancier accepte de son débiteur un transport d'une dette sans garantie, & qu'il rende l'obligation, ou en donne quittance ; ce transport tiendra lieu d'un paiement qui anéantira la dette quand il arriveroit que le créancier n'en recevrait rien »

⁵⁴⁰ J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, t. I, 1703, Moetjens, Section I, De la nature des donations entre-vifs, VII : « On peut donner toutes les choses qui sont dans le commerce, meubles, immeubles, dettes, droits, actions & même des biens à venir , &

191. Tout comme les raisons historiques invoquées afin de justifier l'assimilation de la cession de créance au contrat de vente, les arguments d'ordre pratique ne sont pas plus convaincants. Tout d'abord, bien que le besoin d'exclure tout rapport entre la cession et le mandat ait en lui-même un intérêt légitime, il n'est pas concluant pour expliquer le choix des rédacteurs du Code Napoléon. En effet, si le but était celui d'écarter tout doute quant au caractère translatif de la cession, il aurait suffi d'identifier celle-ci à n'importe quel autre contrat translatif.

Ensuite, l'argument tiré de la nécessité du rattachement de la cession au contrat de vente afin de disposer de tout un ensemble détaillé de règles supplétives en cas d'éventuelles lacunes dans la réglementation spéciale de la cession n'est pas non plus complètement convaincant. En effet, le contrat de vente est un référent constant dans la théorie générale des obligations ainsi que dans celle du contrat. En témoigne le fait que les rédacteurs du Code Napoléon aient considéré pertinent d'étendre, dans certaines hypothèses, les dispositions de la vente au contrat de louage⁵⁴¹. Ainsi, la possibilité d'appliquer des dispositions relatives à la vente à une opération n'est pas conditionnée, à vrai dire, à la qualification de celle-ci de vente.

192. Pour autant, l'impossibilité d'identifier la cession de créance au contrat de vente ne doit pas conduire à admettre la thèse de l'analyse de la cession de créance en un acte exclusif de disposition, défendue expressément par la doctrine majoritaire et la jurisprudence colombiennes ainsi qu'implicitement par une partie de la doctrine française. Cette conception se heurte également à d'importantes difficultés.

§2- L'identification difficile à un acte exclusivement de disposition

193. L'analyse de la cession de créance en un acte exclusivement de disposition n'est pas non plus convaincante. La raison principale en est qu'indépendamment de la manière dont le transfert de créance est réalisé -effet direct ou non du contrat-, la cession reste un titre d'acquisition de la créance, *i.e.* la cause de l'acquisition de celle-ci. Ce constat peut être fait en droit français (A) comme en droit colombien (B).

généralement tout ce qui peut passer d'une personne à une autre & lui être acquis. Et c'est aussi une donation lorsque le créancier remet la dette à son débiteur ».

⁵⁴¹ J. HUET, G. DECOQCQ, C. GRIMALDI et H. LECUYER, *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., avec la collaboration de J. Morel-Maroger, *op. cit.*, n° 1102, p. 43. Sur l'opportunité d'appliquer les règles sur la vente au contrat de louage, voir les propos du Tribun Mourricault dans son rapport au Tribunat, repris au Dalloz Jur. Gén. v° « Louage », n° 19, p. 270. ; J. LAURENT, *La propriété des droits*, *op.cit.*, n° 436, p. 342 : « La vente est d'ailleurs parmi « les principaux contrats » dont traite le Code, ceux qui servent de modèle à la théorie générale du contrat ».

A- La cession de créance en tant que titre d'acquisition en droit français

194. On sait que sous l'empire du Code de 1804, le débat autour de l'obligation de donner était vif. La doctrine majoritaire considérait qu'une telle obligation n'existait pas et que, par conséquent, le contrat était non seulement nécessaire mais aussi suffisant pour l'acquisition de la propriété. Cependant, certains auteurs affirmaient que l'obligation de donner avait bel et bien une place dans le Code Napoléon, de sorte que si le contrat était nécessaire pour acquérir la propriété d'un bien, il n'était pour autant pas suffisant. Était également requis l'accomplissement de la tradition ou d'un mode d'acquisition de la propriété ayant précisément pour objet l'exécution de l'obligation de donner. Rappelons que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 semblaient également avoir pris position en faveur des détracteurs de l'obligation de donner. La consécration de la règle selon laquelle le transfert est un effet du contrat en témoignerait⁵⁴². Indépendamment de la position adoptée, l'idée selon laquelle le contrat translatif est avant toute chose un titre ou la cause de l'acquisition n'a jamais été remise en cause. En d'autres termes, même si on admet que l'obligation de donner n'existe pas, le contrat translatif reste un acte juridique ayant un contenu obligationnel et une force obligatoire entre les parties contractantes. Il s'agit de l'acte qui sert de fondement au transfert et, par conséquent, qui régit les rapports entre les parties.

L'analyse de la cession en un acte translatif doit donc conduire à la même conclusion. Ainsi, même si on admet que le cédant n'est pas tenu d'une obligation de donner, il reste tenu d'autres obligations et charges envers le cessionnaire, en raison précisément de la cause qui justifie ou explique le transfert de la créance. La cession étant l'acte permettant de régler ce rapport, son analyse en un titre d'acquisition ne doit pas faire de doute⁵⁴³. Cette conclusion s'impose, que l'on étudie la cession à la lumière du Code Napoléon ou au regard de l'ordonnance du 10 février 2016.

195. S'agissant de la législation ancienne, deux arguments étroitement liés confortent le bien-fondé de l'analyse de la cession en un titre d'acquisition. Le premier argument est que la cession était appréhendée comme une sorte de vente⁵⁴⁴. La raison en est simple. Même en admettant que le Code Napoléon ait confondu le titre et le mode d'acquisition, il n'a jamais été question de nier que le contrat de vente soit un titre ou cause d'acquisition des biens. En d'autres termes, le fait d'admettre que le contrat puisse avoir une nature dispositive, en ce sens qu'il peut se suffire à lui-même pour opérer le transfert d'un bien, ne signifie pas que sa fonction se réduise à cela. Le contrat translatif, en

⁵⁴² V. *supra* n° 135.

⁵⁴³ Un auteur classique français se prononçait expressément en ce sens : Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. XI, *La vente, Le louage des choses*, *op. cit.*, par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, n° 352, p. 284, note 1 : « Il y a deux choses, en effet, à considérer : le contrat productif d'obligations (cession) et la transmission de la créance d'un créancier à un autre ».

⁵⁴⁴ V. *supra* n° 138 et s.

droit français, reste un acte créateur d'obligations, de charges et de devoirs⁵⁴⁵. En effet, la doctrine admet unanimement que la vente est un acte créateur d'obligations, indépendamment de la considération ou non de l'obligation de donner. Le vendeur reste tenu des obligations de délivrance⁵⁴⁶ et de garantie par exemple. Pour sa part, l'acheteur est tenu de l'obligation principale de payer le prix⁵⁴⁷.

Le second argument tient à ce qu'aussi bien la législation que la jurisprudence reconnaissait le caractère obligationnel de la cession. Dans la législation, les dispositions relatives au contenu de la cession ainsi qu'à la délivrance et à la garantie de l'existence de la créance en témoignaient. Pour ce qui est du contenu, l'ancien article 1692 du Code civil faisait indiscutablement penser à l'article 1615 portant sur le contenu de l'obligation de délivrance pesant sur le vendeur. À propos de la garantie de l'existence de la créance à la charge du cédant⁵⁴⁸, elle rappelait certainement, avec quelques spécificités propres à la nature incorporelle de l'objet, celle contre l'éviction à la charge du vendeur. Ces circonstances montrent que les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas voulu refuser de voir dans la cession de créance un acte obligationnel⁵⁴⁹. Certes, on pourrait nous objecter que les dispositions concernant la cession ne portaient principalement pas sur le rapport obligationnel entre les parties mais cet argument n'est pas déterminant. Cette circonstance s'explique, aujourd'hui comme hier, par le fait que la cession est un contrat ayant un contenu obligationnel variable en fonction de l'opération voulue par les parties ; un caractère conforté par les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016⁵⁵⁰.

⁵⁴⁵ R.-M. RAMPPELBERG, « La vente est-elle translatrice de la propriété ? Variations franco-germaniques sur un thème romain », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1998, p. 49 : « Le deuxième modèle est le schéma consensualiste, illustré par le Code civil français de 1804. Il suffit ici, pour user du langage du modèle de transfert de droit commun, du seul *titulus* pour transférer la propriété. Effectivement, dans le contrat de vente, le *modus* n'est pas nécessaire. Le contrat obligationnel suffit au transfert » (nous soulignons) ; F. PANTALEON PRIETO, « cesión de créditos », art. préc., p. 1035 : « La vente française ne peut être considérée un simple *verfügungsgeschäft* (contrat de disposition au sens du droit allemand), mais un *verpflichtungs* (contrat par lequel une personne s'oblige face à une autre à réaliser une prestation déterminée au sens du droit allemand) et un *verfügungsgeschäft* en même temps car son effet juridique immédiat est la constitution entre le vendeur et l'acheteur d'un rapport obligationnel » ; D. FABIO ESBORRAZ, « El efecto obligacional : otra 'diferencia específica' de la noción de contrato del sistema jurídico latinoamericano », art. préc., p. 293.

⁵⁴⁶ CA Amiens, 1^{re} ch. 1, Sec.1, arrêt n° 312 du 6 sept. 2012, RG n° 10/04924 où la Cour d'appel affirme que si la cession est un contrat consensuel, valablement formé dès l'échange des volontés du cédant et du cessionnaire, ce dernier peut légalement exiger du cédant l'exécution de son obligation de délivrance, c'est-à-dire la remise du titre de créance.

⁵⁴⁷ A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 157, p.130 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n° 336, p. 311. Cette circonstance est également reconnue au sein d'autres systèmes juridiques influencés par le Code civil français, tel le droit luxembourgeois : O. POELMANS, *Droit des obligations au Luxembourg, principes généraux et examen de jurisprudence*, 2, Larcier, Les dossiers du Journal des tribunaux Luxembourg, 2013, n° 364, p. 455 : « Le cédant de la créance doit au cessionnaire délivrance et garantie. Il est garant envers le cessionnaire de l'existence de la créance mais non de la solvabilité du débiteur (articles 1693 et 1694 du Code civil). La garantie porte également sur les accessoires de la créance ».

⁵⁴⁸ Sur l'obligation de garantie comme conséquence du contrat à titre onéreux et non de la cession de créances en elle-même : E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 470 : « L'obligation de garantie est donc la conséquence du contrat à titre onéreux, non de la cession de créance en elle-même » ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 14^e éd., Sirey, 2014, n° 428, p. 158 : « La cession de créance produit entre les parties les effets de l'acte juridique qu'elle réalise : vente, par exemple, ou donation ; mais, de plus, elle produit certains effets qui lui sont propres : transmission de la créance et création d'obligations, dont l'obligation de garantie » ; J. FRANÇOIS, *Traité de Droit civil, Les obligations*, t.IV, Régime général, 4^e éd., op.cit., n° 499, p. 482 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, t. III, Régime général, op. cit., n° 16, p. 9.

⁵⁴⁹ D.PARDOEL, *Les conflits des lois en matière de cession de créances*, Préf. P. Lagarde, LDGJ, 1997, n° 85, p. 52 : « La convention de cession est donc une convention conclue entre deux parties dont une est totalement étrangère au rapport cédé et opérant le transfert, au sens strict, de la qualité de créancier. Cependant la cession de créance est aussi un contrat mettant des obligations à la charge des parties à cet acte. Le cédant doit garantie à l'égard du cessionnaire dans les cessions à titre onéreux ».

⁵⁵⁰ V. *infra* n° 263 et s.

Quant à la jurisprudence, elle accordait tacitement ou expressément le caractère créateur d'obligation à la cession de créance. En ce qui concerne la reconnaissance tacite, notons la possibilité pour le cessionnaire de droits sociaux de demander la résolution de la cession en cas d'inexécution de l'obligation de délivrance à la charge du cédant⁵⁵¹. Si la jurisprudence admettait la possibilité de demander une telle résolution, cela ne s'explique qu'en raison du manquement à l'obligation contractuelle de délivrance incombant au cédant. Le fondement de la résolution est précisément le constat d'un manquement aux obligations nées d'un contrat⁵⁵². Quant à la reconnaissance expresse, la jurisprudence n'hésitait pas à analyser la cession de créance à titre onéreux « *en un contrat par lequel le cédant vend à un cessionnaire des droits qui peuvent n'être que partiels* »⁵⁵³. C'était d'ailleurs la raison pour laquelle l'indétermination du prix était considérée comme étant une cause empêchant la perfection de la cession de créance.

196. Quant à la législation nouvelle, il est vrai que le détachement de la cession du contrat de vente pourrait faire douter de la pertinence de l'analyse de la cession en un titre ou cause d'acquisition de la créance. Le fait que la cession ait été appréhendée comme une opération neutre, au sein du droit des obligations⁵⁵⁴, favoriserait plutôt la thèse de l'analyse de la cession en un acte abstrait de disposition au sens où on l'a vu précédemment. Cependant, une telle conclusion ne s'impose pas. Si les rédacteurs de la réforme ont décidé de détacher la cession de créance du contrat de vente, la raison ne réside pas dans le rejet de l'appréhension de la cession en un titre d'acquisition. Preuve en est, le législateur a par exemple maintenu l'obligation de garantie à la charge du cédant⁵⁵⁵. En outre, et dans l'hypothèse d'une cession à titre onéreux, les obligations de délivrance et de paiement du prix, respectivement à la charge du cédant et du cessionnaire, ne devraient pas être remises en question⁵⁵⁶. Comme un auteur l'a souligné, « *malgré l'autonomie conceptuelle de la cession de créances par rapport au modèle*

⁵⁵¹ Cass. com. 7 avr. 2009, *Bull. civ.* IV, n° 55 ; D. 2009. AJ. 1204, obs. Lienherd : « *La Cour de cassation le confirme par le présent arrêt, qui refuse de considérer que le cessionnaire aurait dû adresser au cédant une mise en demeure à cette fin, en même temps qu'elle dénie toute équipollence entre la délivrance par le vendeur de la quittance du paiement du prix des parts et l'acte de cession, ce qui se comprend bien au regard de la finalité de publicité de la cession. La chambre commerciale approuve ainsi les juges du fond d'avoir prononcé la résolution de la cession pour manquement du cédant à son obligation de délivrance sur le fondement de l'article 1610 du code civil* » (nous soulignons) ; *Banque et droit*, Juill.-août 2009, p. 49, obs. Riassetto ; *Rev. Soc.* 2009. 786, obs. Randoux.

⁵⁵² Ch. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil*, t. III, *Les obligations, le contrat*, 8^e éd., *op. cit.*, n° 702, p. 794-795 : « *La résolution d'un contrat est l'anéantissement de ce contrat par suite de l'inexécution de ses obligations par l'une des parties. Lorsque la résolution est rétroactive, ce qui n'est pas toujours le cas, elle opère comme la nullité, en ce qu'elle fait disparaître le contrat dont on doit considérer qu'il n'a jamais existé parce qu'il a manqué son but. Cependant, elle s'en distingue en raison de ce qu'elle sanctionne l'inexécution des obligations d'un contrat valablement formé, tandis que la nullité sanctionne l'absence d'une condition de validité du contrat* ».

⁵⁵³ Cass. com. 5 nov. 1991, n° 89-12403 ; CA Paris, 15^e ch. B, 30 juin 2005 : *JurisData* n° 279834 à propos de la forme de la cession : la cession d'une créance commerciale est un contrat consensuel susceptible d'être prouvé par tout moyen.

⁵⁵⁴ Rappelons que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont consacré la cession de créance dans un titre IV consacré au « *Régime général des obligations* ».

⁵⁵⁵ Voir en ce sens le nouvel article 1326 du Code civil.

⁵⁵⁶ V. *supra* n° 194 et s., et *infra* n° 730.

de la vente, une créance pourra toujours faire l'objet d'une aliénation en échange d'un prix. L'opération sera qualifiée de vente et certains textes du Code civil relatifs à ce contrat demeureront en partie applicables »⁵⁵⁷.

Ainsi, le choix du législateur s'explique davantage par la nature polyvalente de la cession et par la nécessité de mettre en évidence que la cession a d'importantes incidences sur le rapport d'obligation, comme nous le verrons bientôt⁵⁵⁸, que par la volonté de remettre en cause l'appréhension de la cession comme un titre ou cause d'acquisition de la créance.

197. En définitive, indépendamment du débat en droit français à propos de l'existence et du rôle de l'obligation de donner⁵⁵⁹, la doctrine n'a jamais mis en question le caractère obligationnel du contrat translatif de propriété. Pour cette raison, si la cession est analysée en un contrat translatif, ce qui n'est pas contesté par les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016⁵⁶⁰, son caractère obligationnel, et plus précisément son appréhension en tant que titre ou cause d'acquisition de la créance, ne doit pas être interrogé⁵⁶¹. Cette analyse est confortée par la cession Dailly. En effet, les hauts magistrats rappellent l'impossibilité dans le cadre de ce dispositif, pour le débiteur de la créance cédée, de se prévaloir de l'inexécution de l'une des obligations issues du contrat de cession conclu entre le cédant et le cessionnaire afin de refuser le paiement entre les mains de celui-ci. Il paraît donc difficile d'affirmer que pour le juge français, la cession de créance n'est pas un acte obligationnel, au-delà de sa nature dispositive bien entendu⁵⁶².

⁵⁵⁷ M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, *op. cit.*, n°11, p. 10, note 1.

⁵⁵⁸ V. *infra* n° 297.

⁵⁵⁹ Quoiqu'en droit belge, un auteur affirme expressément que la cession de créance s'analyse en une obligation de donner : H. De PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, principes, doctrine, jurisprudence*, 2^e éd., t. IV, *Les principaux contrats usuels*, 1^{ère} part., Bruxelles, 1943, n° 399, p. 387 : « Il est un point certain, et unanimement admis, c'est que la cession de créance n'est, entre parties, soumise à aucune forme, à la seule exception du cas où l'acte qui y donne naissance est un acte solennel : la donation par exemple. Sous cette seule réserve, elle se réalise, à quelque titre que ce soit (vente, dation en paiement, apport en société) solo consensu, car, dans notre droit, le transfert de propriété s'effectue toujours, entre parties, de cette manière (art. 711, 1138 et 1538). L'obligation de donner (car la cession de créance s'analyse en une obligation de donner : le transfert de propriété de la créance) est parfaite par le seul consentement des parties ».

⁵⁶⁰ Cette conception est par ailleurs confortée par la nouvelle définition du contrat issue de l'ordonnance du 10 février 2016. En effet, conformément au nouvel article 1101 du Code civil, « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».

⁵⁶¹ À propos de la reconnaissance expresse du caractère obligationnel de la cession de créance : F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Cours de droit civil, Obligations, Régime*, *op. cit.*, n° 143, p. 260 : « Comme tout contrat, la cession de créance fait naître des obligations, lesquelles pèsent principalement sur le cédant. Ce dernier est tenu de transférer la propriété ainsi que la jouissance, et de garantir le cessionnaire, lequel peut avoir, le cas échéant, à fournir une contre-prestation ».

⁵⁶² Cass. com. 19 mai 1992, n° 90-16155, *Bull. civ. IV*, n° 189 : « Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt d'avoir condamné la société Cegedata à payer le montant des deux créances à la banque Tarneaud, alors, selon le pourvoi, que la convention de cession de créances professionnelles, conclue le 23 octobre 1985 entre la banque Tarneaud et la société Silex, était opposable aux parties par la société Cegedata, débiteur cédé ; que cette dernière pouvait donc se prévaloir du non-respect des stipulations de ladite convention, prévoyant qu'en cas de non-paiement à l'échéance, les cessions de créances professionnelles seraient résolues de plein droit, le client (la société Silex) retrouvant la propriété des créances non réglées ; que, loin de bénéficier à la société Cegedata, le non-respect de ces stipulations et les reports d'échéances successifs accordés par la banque à son client avaient porté préjudice à la société Cegedata, qui s'était alors trouvée démunie de tout recours utile contre la société Silex, mise en liquidation judiciaire ; qu'en affirmant le contraire, la cour d'appel a violé les articles 1165 et 1147 du Code civil ; Mais attendu que c'est à bon droit que la cour d'appel a écarté la prétention de la société Cegedata, tiers au contrat du 23 octobre 1985, qui reprochait à la banque Tarneaud et à la société Silex d'avoir convenu de ne pas exécuter une clause de ce contrat ; que le moyen n'est pas fondé ».

Et si l'analyse de la cession en un titre d'acquisition de la créance s'impose en droit français, remettant ainsi en cause l'appréhension de la cession comme un acte exclusivement de disposition, il en est de même en droit colombien.

B- La cession de créance en tant que titre d'acquisition en droit colombien

198. On l'a vu, la doctrine majoritaire et la jurisprudence colombiennes considèrent que la cession de créance est un mode d'acquisition de créance. Cependant, l'analyse de la cession en un titre ou cause d'acquisition de la créance se fonde sur quelques arguments de texte (1), ainsi que d'autres arguments d'ordre pratique (2).

1- Les arguments de texte

199. Comme on a pu le noter, l'interprétation de l'article 1959 du Code civil colombien prévoyant la remise du titre comme condition d'efficacité de la cession entre le cédant et le cessionnaire est à l'origine de doutes relatifs à la nature juridique de la cession -titre ou mode de transfert- ?

La doctrine majoritaire considère que cette disposition n'est qu'une réitération de l'article 761 du Code civil colombien de sorte que la cession s'identifierait à l'acte de tradition des créances⁵⁶³. Cependant, une autre partie de la doctrine a une opinion partagée entre deux positions différentes : pour les uns, l'exigence de la remise du titre afin de rendre la cession efficace entre le cédant et le cessionnaire ferait de la cession un contrat réel⁵⁶⁴ ; pour les autres, la remise du titre ne serait que l'acte d'exécution de l'obligation de donner créée par la cession en tant que contrat « *traslativo* »⁵⁶⁵. Cette dernière conception emporte notre conviction.

200. Afin de bien comprendre le véritable sens de l'article 1959 du Code civil colombien, il convient de préciser que Bello s'est inspiré, pour sa rédaction, de l'article 1689 du Code Napoléon⁵⁶⁶. Se pose alors la question de savoir pourquoi il a disposé que la remise du titre serait une condition d'efficacité de la cession entre le cédant et le cessionnaire alors qu'aux termes de l'article 1689 du Code

⁵⁶³ V. *supra* n° 158 et s.

⁵⁶⁴ Cela signifierait que pour la naissance d'obligations entre les parties, la remise du titre est nécessaire. Voir en ce sens : A. VALENCIA ZEA et A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, t. III. *De las obligaciones*, *op. cit.*, p.402.

⁵⁶⁵ J.-A. BONIVENTO FERNÁNDEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, *op. cit.*, n° 169, p. 368; A. PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, vol. 3, Partie II, *Clasificación, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones, obra revisada y actualizada por Alberto Tamayo Lombana*, *op. cit.*, n° 481, p. 297. *Contra* : M.-E. CAMACHO LOPEZ, *Cesión de créditos : del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, *op. cit.*, p. 383 et p. 394-397 qui considère que la remise du titre est un acte nécessaire pour la formation de la cession de créance, ce qui s'explique par la conception de cet auteur quant à l'appréhension de la cession en tant que *negotium juridicum* de disposition causal.

⁵⁶⁶ Les commentaires sous le projet du Code civil chilien de 1853 témoignent de cette influence. En effet, il importe de souligner que Bello avait l'habitude de préciser, à côté de chacune des dispositions des différents projets de Code civil qu'il a élaborés pour le Chili, les principales sources dont il s'était servi. Ainsi, les notes faites à l'article 1901 du projet définitif du Code civil chilien, correspondant à l'article 1959 du Code civil colombien, révèlent que la source directe a été l'article 1689 du Code Napoléon : *Andrés Bello XII Código civil de la República de Chile*, t. II, Caracas, 1955, Ministerio de la Educacion, comisión editora de las obras completas de Andrés Bello, Biblioteca Nacional.

Napoléon, dans sa rédaction originelle⁵⁶⁷, une telle remise était considérée comme un acte de délivrance ?

201. Pour répondre à cette interrogation, rappelons que si Bello a suivi le Code Napoléon dans de nombreux domaines, comme celui des contrats et des obligations, il s'en est éloigné dans d'autres, notamment en matière de transfert des biens. En effet, le juriste vénézuélien n'a pas voulu laisser de doutes sur la consécration d'un système de transfert distinguant clairement entre le titre de transfert, acte créateur de l'obligation de donner, et le mode de transfert ou tradition, acte permettant l'exécution de ladite obligation. Ceci explique que Bello ait consacré tout un ensemble de règles relatives à l'exigence d'une tradition réelle ou matérielle, soit pour régler ses conditions de validité, soit pour établir les différentes manières de son accomplissement en fonction du type de bien⁵⁶⁸.

202. Cette particularité du système de transfert des biens consacré par Bello est ce qui permet de comprendre la véritable signification de la remise de titre en tant que condition d'efficacité de la cession aux termes de l'article 1959 du Code civil colombien. L'interprétation la plus vraisemblable est donc celle selon laquelle Bello a pu considérer comme pertinent de faire de la remise d'un titre, acte de délivrance sans rapport avec le transfert de propriété en droit français⁵⁶⁹, l'acte de tradition, *i.e.* l'acte permettant le transfert effectif de la propriété. Ainsi, le transfert de créance serait cohérent avec le système décrit d'acquisition de biens fondé sur la distinction entre le titre et le mode de transfert⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ Rappelons que même si l'article 1689 du C. civ. fr. demeure en vigueur, il n'est plus applicable en matière de cession de créance.

⁵⁶⁸ Voir *supra* n° 134.

⁵⁶⁹ Ce qui semblerait compatible avec un système de transfert *solo consensu* comme celui du droit français. Par ailleurs, il est révélateur à ce propos que les actes qui ont pu être considérés comme des actes permettant d'accomplir la tradition dans l'Ancien droit, ont été maintenus dans le Code civil français en tant qu'actes de délivrance. En ce sens, voir les articles 1604 et s. du Code Napoléon.

⁵⁷⁰ En ce sens : J.-G. ESCOBAR MARULANDA et J.-E. OSSA MUNERA, *La naturaleza jurídica de la cesión del crédito*, *op. cit.*, p. 204: « Lorsque Bello a rédigé les dispositions concernant la cession de créance, il a compris que si la prise en compte de la remise du titre comme étant un simple acte de délivrance aux termes de l'article 1689 du Code civil français pouvait être justifiée dans un système juridique n'établissant la distinction entre le titre et le mode de transfert, il ne pouvait en être de même dans un système où le contrat n'est qu'un acte obligationnel. Cela explique la modification introduite par Bello en disposant que la remise du titre, au lieu d'être considérée comme un simple acte de délivrance, devrait être appréhendée comme étant l'acte permettant le transfert de la créance et, par conséquent, comme étant l'acte nécessaire pour l'efficacité de la cession entre le cédant et le cessionnaire ».

Cela explique d'ailleurs que la remise du titre ait été exigée pour l'efficacité de la cession mais non pour sa perfection⁵⁷¹ : le transfert de la créance étant l'effet final du contrat⁵⁷², la remise du titre, acte d'exécution de l'obligation de donner, a aussi bien pu être considérée comme une condition nécessaire pour que la cession produise son effet le plus important, le transfert de la créance.

Il n'a donc pas été question d'accorder à la cession de créance la nature juridique de contrat réel nécessitant, pour la naissance d'obligations entre les parties, la remise d'un titre⁵⁷³. Bello n'a voulu que montrer son éloignement du Code Napoléon en précisant que là où il était question d'un acte de délivrance, ce serait un acte de tradition dans le Code civil chilien et, par suite, colombien.

Finalement, une telle interprétation conforte l'idée que Bello n'a pas voulu refuser un quelconque caractère obligationnel à la cession de créance ; au contraire, l'appréhension de la remise du titre comme acte de tradition montre que la première et la plus importante des obligations nées de la cession en tant que contrat « *traslaticio* » est celle de réaliser l'acte de tradition.

En outre, si Bello s'est inspiré du Code Napoléon pour la réglementation de la cession de créance, il est peu probable qu'il ait pensé à la consacrer comme mode de transfert. En effet, à l'époque de la rédaction du Code civil chilien, l'analyse de la cession de créance en un titre ou cause d'acquisition ne semblait être remise en cause en droit français.

203. Au regard de ces différentes remarques, le besoin d'interpréter certaines dispositions du Code civil colombien par rapport à celles du Code civil français afin de déterminer la nature

⁵⁷¹ Le législateur colombien emploie l'expression « *perfection du contrat* » afin de se référer aux conditions requises pour la formation des contrats. De plus, et comme on aura l'occasion de le développer plus loin, il nous semble que la référence à l'efficacité plutôt qu'à la perfection du contrat s'explique aisément si on tient compte de la nature générique du contrat de cession. Cela permet d'expliquer que dans la mesure où la cession ne répond pas à une opération unique, il y aurait été impossible pour le législateur d'établir une règle générale pour la perfection du contrat de cession, sauf le fait de considérer qu'outre les conditions propres à l'opération voulue -vente, donation, échange-, était nécessaire la rédaction d'un écrit, comme c'est d'ailleurs le cas aujourd'hui en droit français : voir en ce sens le nouvel article 1321 du Code civil français issu de l'ordonnance du 10 février 2016.

⁵⁷² F. HINESTROSA, « Eficacia e ineficacia del contrato », *Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, vol. 20, 1999, p. 143-161; F. MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, trad. de R.O. Fontanarrosa, S. Sentismelendo et M. Volterra, t. 2, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, n°13, p. 310 et s.

⁵⁷³ On pourrait affirmer que l'alinéa premier de l'article 1959 se réfère à la remise du titre comme une condition d'efficacité de la cession entre le cédant et le cessionnaire alors que le second alinéa semblerait, en revanche, faire de la remise du titre une exigence pour la perfection de la cession. En effet, ce second alinéa dispose qu'en cas d'inexistence d'un titre constatant la créance et *pour que la cession puisse avoir lieu*, il faudrait procéder à la création d'un titre. Cependant, cette disposition peut être expliquée autrement, sans qu'il soit besoin de remettre en question l'interprétation selon laquelle la cession de créance est un contrat créateur de l'obligation de donner et dans lequel la remise du titre serait précisément l'acte de tradition permettant de l'exécuter. En effet, il convient de signaler que ce second alinéa est le résultat d'une modification réalisée directement par le législateur colombien au moment d'adopter le Code civil chilien, et cela sans tenir compte de la véritable portée de la disposition. Autrement dit, le législateur n'a pensé qu'à pallier à d'éventuelles difficultés en cas de transfert de créances non constatées par un titre, sans vouloir se prononcer sur les conditions de formation du contrat ayant pour objet le transfert. À la différence du Code civil colombien, le Code civil français prévoit, à l'article 1607 que « *La tradition des droits incorporels se fait, ou par la remise des titres, ou par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur* ». À propos du rapport entre les articles 1607 et 1689 du Code civil français : Rouen, 14 juin 1847, DP. 49. 2. 241 : « *Qu'en admettant, au surplus, qu'aucun titre n'ait été remis, le transport n'en serait pas moins valable au respect du cédant et des tiers ; (...) que l'article 1689 c.civ., qui ne fait que rappeler les dispositions de l'art. 1607, spécifie seulement, pour les choses incorporelles, la remise du titre comme mode de délivrance* ».

juridique d'un acte, titre ou mode de transfert, est incontestable. Cela s'explique par la proximité des deux systèmes juridiques en matière de contrats et d'obligations ainsi que par les différences qui les séparent en matière de transfert de biens. Le cas de la donation offre un autre exemple qui conforte la pertinence de l'analyse proposée.

En effet, la donation est définie à l'article 1443 du Code civil colombien comme « *l'acte par lequel une personne transfère, gratuitement et irrévocablement, une partie de ses biens en faveur d'une autre personne qui l'accepte* ». Cette définition correspond à celle donnée par le Code Napoléon à l'article 894. Pour sa part, l'alinéa premier de l'article 1457 concernant la donation d'immeubles dispose que « *La donation entre vifs ne sera pas valable, indépendamment du type de bien immeuble, si elle n'est pas établie par acte authentique dûment enregistré au bureau des instruments publics* ».

La rédaction de ces dispositions est à l'origine d'un débat en droit colombien concernant la nature juridique de la donation. Un secteur minoritaire de la doctrine considère qu'elle n'est qu'un mode d'acquisition, autrement dit, un acte exclusif de tout contenu obligationnel. En revanche, la doctrine majoritaire, ainsi que la jurisprudence, affirment qu'il s'agit d'un titre d'acquisition, c'est-à-dire un contrat créateur d'obligations, notamment celle de donner⁵⁷⁴.

D'après cette dernière conception, le contrat de donation serait parfait soit à travers l'établissement d'un acte authentique dans les cas d'un bien immeuble, soit par un simple accord de volontés dans l'hypothèse d'un bien meuble. Cependant, et pour que le transfert de la propriété soit effectif, serait également respectivement nécessaire l'enregistrement de l'acte authentique ou la remise effective de la chose⁵⁷⁵.

Certes, la rédaction sibylline des dispositions mentionnées peut laisser entendre que la donation serait un acte juridique translatif dont la validité se trouverait soumise à l'enregistrement de l'acte authentique ou à la remise effective de la chose. Cependant, l'interprétation selon laquelle ces exigences ne seraient que des conditions nécessaires à ce que le transfert de propriété se réalise

⁵⁷⁴ Le même débat a lieu au sein de la doctrine chilienne. Pour une étude approfondie des termes du débat ainsi que de ses enjeux: A. GUZMÁN BRITO, « La estructura de la donación entre vivos y su emplazamiento sistemático en la jurisprudencia medieval y moderna y en la codificación », *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXV, 2004, p. 199-267.

¹⁸⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil y agraria, 20 mai 2003, Réf. 6585, M.R: Jorge A. Castillo Rugeles: « *En raison de ces inexacitudes, cette corporation est obligée de préciser que la "donation inter vivos" est un contrat car elle exige le concours des volontés du donateur et du donataire ; sans l'acceptation de celui-ci, la seule volonté du premier n'est qu'une offre et non une donation. En outre, comme dans le droit colombien les contrats ne sont pas un mode d'acquisition de la propriété mais seulement un titre d'acquisition de celle-ci, il est clair que le seul contrat de donation ne suffit pas à transférer la propriété du donateur au donataire. Pour que celui-ci acquière la propriété du bien objet de donation il est nécessaire l'accomplissement du mode d'acquisition lequel, en matière de donation irrévocable, est la tradition (...)* Il faut souligner que lorsque le contrat de donation est solennel, les formalités spéciales devant être accomplies ne sont pas toujours les mêmes. Ainsi, dans la donation d'un immeuble, la solennité, en raison de la nature du bien, sera l'écriture publique, et si ce qu'on donne a une valeur supérieure à deux mil pesos, il faudra obtenir l'autorisation judiciaire, soit qu'il s'agisse d'un bien immeuble, soit qu'il s'agisse d'un bien meuble ».

»; J.-A LINARES VESGA, « Aspectos relevantes del contrato de donación entre vivos », *Via Iuris*, n° 5, julio-diciembre 2008, p. 16. Dans le même sens : Concepto de la Superintendencia de Notariado y Registro, Consulta n°1847 du 6 août 2007. Disponible sur :

<http://www.supernotariado.gov.co/supernotariado/images/smilies/conceptos/2007/donacionaceptacion.pdf>.

emporte notre conviction. Ainsi, ni l'enregistrement de l'acte authentique ni la remise de la chose n'est une condition requise pour la perfection de la donation en tant que contrat « *traslativo* » au sens du droit colombien.

La référence au besoin d'accomplissement des exigences mentionnées pour la validité de la donation n'a qu'une seule finalité : celle de marquer une différence avec le Code Napoléon. Aux termes de ce dernier, l'établissement de l'acte authentique ou le simple accord de volontés est une condition suffisante non seulement pour la perfection du contrat mais également pour l'exécution de l'obligation de donner ; autrement dit, pour la naissance d'obligations entre les parties ainsi que pour le transfert de propriété.

204. C'est pourquoi l'interprétation la plus convaincante est celle de l'appréhension de la cession comme étant le titre ou fondement du transfert. La remise du titre exigée à l'article 1959 du Code civil colombien n'est donc que l'acte de tradition ou mode effectif de transfert de la créance. Ainsi, Bello a voulu montrer son éloignement du Code Napoléon dans lequel la remise du titre n'était analysée qu'en un acte de délivrance sans rapport avec le transfert de la propriété⁵⁷⁶.

205. Les arguments invoqués ci-dessus, ayant pour but de conforter l'idée que la cession de créance est le contrat ou titre d'acquisition de la créance, sont convaincants ; cependant, il convient de préciser la raison pour laquelle Bello aurait réitéré à l'article 1901 du code civil chilien l'exigence de la remise du titre déjà prévue à l'article 699⁵⁷⁷, si ce n'était pour assimiler la cession à l'acte de tradition. Ce doute peut être levé en rappelant le procédé et le moment de la consécration de chacune de ces dispositions.

De fait, l'article 699 du Code civil chilien, dans sa version définitive, n'a été rédigé qu'après l'article 1901. La raison en est que Bello a hésité jusqu'au dernier moment quant à la possibilité de reconnaître une véritable tradition sur les créances⁵⁷⁸. Ce n'est qu'après la rédaction de l'article 1901 qu'il a conclu que si la remise du titre était la condition d'efficacité de la cession entre le cédant et le cessionnaire, à la différence du droit français où elle n'était qu'un acte de délivrance, une telle remise devrait donc représenter l'acte de tradition d'une créance.

⁵⁷⁶ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes, op.cit.*, n° 327, p. 361 : « L'article 1689 du Code civil prévoit le mode de délivrance en disposant que « dans le transport d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un tiers, la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre » ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les obligations*, t. II, *Le régime, op.cit.*, n° 355, p. 317.

⁵⁷⁷ Ces dispositions sont concordantes respectivement avec les articles 1959 et 761 du Code civil colombien.

⁵⁷⁸ A. GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, t. I, *op.cit.*, p. 472 où on peut lire à l'article 828 du projet de l'an 1853 que « les choses incorporelles n'admettent pas une véritable tradition ; mais l'exercice du droit d'une part avec la science et patience de l'exercice du droit pour l'autre partie peut être considérée comme une quasi-tradition ». Cette position semblerait correspondre à celle défendue par Pothier dans son *Traité du domaine de la propriété*.

En conséquence, la critique qu'il serait possible de faire à Bello est celle de ne pas être revenu sur l'article 1901 du Code civil chilien afin de supprimer l'exigence de la remise du titre⁵⁷⁹. La disposition prévue à l'article 699 consacrant une telle remise comme mode de tradition de créance aurait effectivement été suffisante⁵⁸⁰.

Une telle interprétation est d'ailleurs confortée par la rédaction même de l'article 699 du Code civil chilien, correspondant à l'article 761 du Code civil colombien, selon lequel « *la tradition des droits personnels qu'un individu cède à un autre a lieu par la remise du titre du cédant au cessionnaire* ». Une lecture attentive révèle donc que Bello a voulu signifier que la remise du titre, acte de tradition, est la conséquence de la cession⁵⁸¹.

Ainsi, si le principe est celui de la tradition en tant qu'acte d'exécution d'un contrat qui crée une obligation de donner ou de transférer la propriété, et si Bello a considéré que la tradition était la conséquence de la cession, une seule conclusion s'impose : la cession est précisément le contrat ou acte créateur de l'obligation de transférer la créance. En effet, la rédaction de la disposition ne laisse aucun doute sur la distinction entre la cession et la tradition, plus précisément entre la cause et l'acte du transfert⁵⁸².

206. Il reste encore à surmonter la difficulté issue de la référence faite par le législateur à la possibilité de réaliser la cession à différents titres. On a vu que les partisans de l'appréhension de la cession en tant qu'acte exclusivement de disposition affirment que le législateur se serait servi du terme « *titre* » dans le sens technique du droit des biens. Par conséquent, la cession ne pourrait être que l'acte d'exécution de différents contrats à vocation translative ayant pour objet une créance. Cependant, le fait que le législateur ait reconnu la possibilité de réaliser la cession à différents « titres » n'est pas un argument dirimant en faveur de l'appréhension de la cession comme un mode de transfert.

Certes, l'expression « *titre* » est utilisée en droit colombien pour désigner le contrat ou acte générateur d'un transfert de propriété par opposition à l'expression « *mode* » qui désigne l'acte

⁵⁷⁹ J.-G. ESCOBAR MARULANDA et J.-E. OSSA MUNERA, *La naturaleza jurídica de la cesión del crédito*, op. cit., p. 205.

⁵⁸⁰ J.-A. BONIVENTO FERNÁNDEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, op. cit., n° 169, p. 368-369.

⁵⁸¹ La remise du titre était déjà considérée par certains auteurs, dans l'Ancien droit, comme étant un acte de tradition des choses incorporelles : J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, t. II, chez Jean Baptiste Coignard, 1961, titre VII, De la possession et des prescriptions, section II, De la liaison entre la possession & la propriété & comment on peut acquérir et perdre la possession, art. 22 : « *La délivrance de ce qui consiste en droits comme une Justice, une Banalité, un Office, une servitude, une rente & autres biens de cette nature, se fait en donnant les titres, s'il y en a ; sinon par le simple effet de l'acquisition, avec l'intention commune des contractants, que l'acquéreur se mette en possession* » (nous soulignons). Voir à propos de la portée de la position de Domat concernant la prise en compte de la remise du titre comme l'une des manières d'accomplir la tradition des créances : J.-V. GAVIDIA SANCHEZ, « La formación del sistema francés codificado de cesión de créditos », *Anuario de derecho civil*, art. préc., p. 1129-1132.

⁵⁸² Sur ce point : D. SAMPAYO NOGUERA, *El derecho de retracto por causa de la cesión litigiosa*, Monografía, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1999, n° 1, p. 9. Il serait possible d'arguer aussi, afin de conforter l'idée que Bello n'a pas identifié la cession à un mode de transfert, qu'il a dressé une liste exhaustive des modes d'acquisition de la propriété et que parmi ces modes il n'a pas mentionné la cession de créance.

permettant d'opérer effectivement le transfert. Cependant, le terme « *titre* » n'est pas utilisé de façon univoque. Il peut avoir plusieurs significations⁵⁸³. Par exemple, le législateur colombien se sert de ce vocable pour se référer non seulement au document ou écrit permettant de constater un acte juridique, *l'instrumentum*, mais également afin de désigner l'acte juridique en lui-même, le *negotium*. D'une façon générale encore, on peut constater que le législateur utilise le terme « *titre* » afin d'indiquer simplement la raison d'être, cause ou justification d'un acte juridique en général⁵⁸⁴.

Ainsi, l'interprétation la plus vraisemblable est de considérer que Bello s'est servi ici du terme « *titre* » non dans un sens technique et par opposition au « *mode* » d'acquisition de la propriété⁵⁸⁵. Son but, nous le verrons ultérieurement⁵⁸⁶, était de reconnaître que la cession est un contrat générique permettant de réaliser différentes opérations juridiques.

207. À côté des arguments de texte qui viennent d'être signalés, il est possible d'en identifier d'autres, d'ordre pratique, permettant de conforter l'analyse, en droit colombien, de la cession en un titre d'acquisition de la créance.

2- Les arguments d'ordre pratique

208. L'identification de la cession de créance à un acte exclusivement de disposition se heurte à des difficultés liées à l'application de certaines règles concernant l'exécution de l'obligation de donner. De plus, une telle identification rend difficile la compréhension de la mise en œuvre d'une garantie de l'existence de la créance à la charge du cédant. Par ailleurs, cette conception, en accordant un rôle essentiel au débiteur de la créance cédée en ce qui concerne le moment du transfert, paraît méconnaître certaines hypothèses dans lesquelles l'intervention du débiteur n'est pas déterminante. Finalement, cette thèse semble remettre en cause la reconnaissance d'un principe général de réalisation

⁵⁸³ J. LARGUIER, *La notion de titre en droit privé*, Dalloz, 1951, n° 4, p. 10-11: « Mais au strict point de vue juridique, le mot titre peut s'entendre de diverses façons, et l'on peut répartir ces acceptations en deux groupes essentiels. Tantôt titre signifie opération juridique en général. Il est alors lié à l'idée d'acquisition du droit : c'est le *negotium*. Tantôt le mot titre se réfère, non plus à l'opération juridique elle-même mais à sa preuve : il s'agit alors de l'écrit pouvant servir de preuve : c'est l'*instrumentum* ».

⁵⁸⁴ Par exemple, le législateur utilise le mot « *titre* » aux articles 852 et 853 du Code civil afin de mentionner la possibilité pour l'usufruitier de céder son usufruit tant à titre onéreux qu'à titre gratuit. On voit alors que dans ces hypothèses le terme « *titre* » est plutôt utilisé dans le sens de cause ou de raison d'être et non dans le sens technique par opposition au mode de transfert. L'article 878 va dans le même sens. En effet, cette disposition prévoit l'intransmissibilité des droits d'usage et d'habitation. Plus précisément, ces articles disposent que ces droits ne peuvent être cédés à aucun titre, ce qui ne peut se comprendre que dans le sens de raison ou finalité de l'opération. Encore, l'article 915-2, relatif à la mitoyenneté, prévoit que n'importe qui entre les copropriétaires pourrait s'occuper de la construction du mur servant de séparation entre bâtiment, mais qu'il devra payer à son voisin une somme à titre d'indemnisation pour l'augmentation du poids sur le mur mitoyen. Dans ce cas-là, il n'y a pas de doute sur le fait que le vocable « *titre* » est utilisé au sens de cause ou raison d'être et non au sens technique et par opposition au mode de transfert.

⁵⁸⁵ A. PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, vol. 3, Partie II, *Clasificación, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones*, obra revisada y actualizada por Alberto Tamayo Lombana, *op. cit.*, n° 480, p. 295. Un auteur colombien affirme que si Bello s'est abstenu d'utiliser l'expression « *cause* », cela pourrait s'expliquer par le caractère équivoque de celle-ci, et plus précisément en raison des nombreux débats déjà existants à son époque à propos du rôle de la cause dans la théorie générale du contrat et des obligations : J.-G. ESCOBAR MARULANDA et J.-E. OSSA MUNERA, *La naturaleza jurídica de la cesión del crédito*, *op. cit.*, p. 220.

⁵⁸⁶ V. *infra* n° 268.

de la cession de créance à titre de garantie. Il convient de préciser la portée de chacun des arguments signalés.

209. Tout d'abord, l'assimilation de la cession à l'acte de tradition semble incompatible avec les dispositions concernant l'exécution forcée de l'obligation de donner prévues en droit colombien. Celles-ci ont pour finalité de permettre à l'acquéreur d'un bien de demander devant le juge que l'aliénateur soit contraint de réaliser la tradition du bien. De même, le cas échéant, ces dispositions permettent au juge d'accomplir directement l'acte de tradition à la place de l'aliénateur réticent⁵⁸⁷.

Ainsi, pour déterminer l'acte permettant la tradition des créances en droit colombien, il est nécessaire d'identifier ce que l'acquéreur d'une créance, face à la réticence de son cocontractant, peut demander au juge pour devenir propriétaire de la créance. Le législateur colombien a malheureusement gardé silence à ce propos. Certes, l'article 432 du Code général du procès prévoit différentes manières d'accomplir l'exécution forcée de l'obligation de donner un bien meuble, catégorie dans laquelle entrerait la créance⁵⁸⁸, ou une chose de genre autre que l'argent, toutefois, aucune des hypothèses considérées dans cette disposition ne semble avoir été prévue pour le cas spécifique de l'exécution forcée de l'obligation de donner une créance.

Malgré l'absence de disposition expresse en ce sens, on considère que l'acquéreur peut demander au juge que l'aliénateur soit forcé à la remise du titre avec une note de cession, selon les termes de l'article 1961 du Code civil colombien. De même, dans l'hypothèse de l'inexistence d'un titre constatant la créance, l'acquéreur devrait demander l'exécution d'une obligation de faire, laquelle consiste dans la création d'un document constatant la cession et, postérieurement, la remise du titre⁵⁸⁹.

Dès lors, si face à la réticence de son contractant l'acquéreur d'une créance ne peut demander au juge que la remise du titre avec la note de cession ou la création d'un document constatant la cession et sa remise postérieure au cessionnaire, il convient d'admettre que la tradition de la créance se réalise précisément par la remise du titre⁵⁹⁰.

⁵⁸⁷ L'article 751 du Code civil colombien prévoit la possibilité de demander l'exécution forcée de la tradition et les articles 493 et suivants du Code général du procès colombien réglementent tout ce qui concerne l'exécution d'une obligation de faire ou de donner.

⁵⁸⁸ Conformément à l'article 667 du Code civil colombien, « *Les droits et les actions seront considérés comme biens meubles ou immeubles en fonction de la chose sur laquelle ils devront être exercés* ».

⁵⁸⁹ La difficulté réside dans le fait que, selon l'article 434 du Code général du procès (Loi 1564 de 2012), pour que le juge assure l'accomplissement de l'obligation de faire, spécialement concernant la souscription de documents relatifs à des biens meubles non soumis à l'enregistrement, il est nécessaire que ceux-ci soient séquestrés et le séquestre en principe n'est prévu que pour les choses corporelles. Cependant, l'article 593 (4) du Code général du procès relatif à la procédure de saisie des créances laisse entendre que le séquestre d'un titre serait possible si celui-ci existe. De plus, il est prévu qu'en cas d'inexistence dudit titre, le séquestre pourra demander toutes les copies nécessaires pour introduire la procédure. Enfin, l'article 595 (1 2) du Code général du procès fait référence au séquestre de titres de créance.

⁵⁹⁰ En revanche, si on considère que c'est la cession en elle-même qui est l'acte de tradition des créances, il conviendrait de se demander si autant la notification que l'acceptation du débiteur sont susceptibles d'être exigées en tant que modes de réaliser l'exécution forcée, ce qui n'aurait aucune justification et cela pour une raison principale : la notification comme

210. D'autre part, l'analyse de la cession en un acte exclusivement de disposition explique mal l'application de certaines dispositions, par exemple celles relatives à la garantie à la charge du cédant. Conformément à l'article 1961 du Code civil colombien, le cédant d'une créance à titre onéreux ne doit qu'une garantie spéciale de l'existence de la créance⁵⁹¹. Or, si l'on admet que la cession n'est qu'un acte permettant l'exécution d'une obligation de donner, celle-ci née d'un contrat lui servant de cause, la vente par exemple, comment peut-on concilier les dispositions relatives aux garanties du vendeur avec celles prévoyant la garantie spéciale de l'existence de la créance du cédant à titre onéreux ? L'interrogation est permise, car la Cour de cassation colombienne a admis qu'à défaut de perfectionnement de la cession de créance en raison de la non-remise du titre constatant la créance, il serait tout de même possible de constater la perfection du contrat de vente pourvu que les parties se soient mises d'accord sur la chose -la créance- et le prix⁵⁹².

211. Par ailleurs, si l'on défend la position du professeur Castillo qui affirme que la cession est un type de tradition accordant au débiteur un rôle fondamental, on devrait conclure que l'intervention du débiteur est indispensable pour que la cession accomplisse sa fonction économique. Cela reviendrait toutefois à méconnaître le fait que ni la notification ni l'acceptation du débiteur ne conditionne le transfert de la créance du patrimoine du cédant dans celui du cessionnaire. Certes, ces formalités déterminent la pleine efficacité de la cession à l'égard de certains tiers⁵⁹³ ; cependant, même avant leur accomplissement, le cessionnaire peut réaliser n'importe quel acte de disposition de la créance, procéder à une nouvelle cession par exemple⁵⁹⁴. La raison en est que, conformément à l'article 1959 du Code civil, la cession est efficace entre le cédant et le cessionnaire par la seule remise du titre. Une telle remise est donc nécessaire et suffisante pour opérer le déplacement de la créance d'un patrimoine à un autre.

Outre cet argument, la rédaction de l'article 1963 du Code civil colombien conforte cette analyse. En disposant qu'à défaut de notification ou d'acceptation de la cession par le débiteur il y a lieu de considérer que la créance existe, vis-à-vis des tiers, dans le patrimoine du cédant, le législateur laisse entendre que la créance ne fait déjà plus partie du patrimoine de celui-ci. Si l'on doit faire comme

l'acceptation de la cession par le débiteur sont des actes pouvant être accomplis par le cessionnaire lui-même, autrement dit, il n'a pas besoin du concours du cédant pour le faire. En principe, la demande en exécution forcée s'explique par le fait qu'on est en présence d'un acte qui ne peut être accompli que par l'aliénateur. En revanche, d'après l'article 1960 du Code civil colombien, la notification ne peut être réalisée que par le cessionnaire. Néanmoins, le cessionnaire a toujours besoin du titre constatant la créance avec la signature du cédant afin de notifier la cession au débiteur de la créance cédée.

⁵⁹¹ V. *infra* n° 708 et s.

⁵⁹² Voir en ce sens : Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil, 15 juin 1892, GJ CCCXLIV, M.R. Emilio Ruiz Barreto : « Dans le cas objet du présent jugement, le contrat de cession n'est pas arrivé à sa perfection du point de vue juridique mais la vente de la créance s'est perfectionnée à partir du moment où les parties, étant capables de contracter, se sont mises d'accord sur la chose et le prix ».

⁵⁹³ V. *infra* n° 783 et s.

⁵⁹⁴ V. *infra* n° 784.

si la créance existait encore dans le patrimoine du cédant, c'est seulement afin de protéger certains tiers⁵⁹⁵.

212. Enfin, l'analyse de la cession en un titre d'acquisition de créance plutôt que comme un mode d'acquisition de celle-ci est préférable également parce qu'elle favorise la reconnaissance de la cession à titre de garantie. En effet, si l'on affirme que la cession est un acte de tradition -mode d'acquisition de la créance- elle devrait être précédée, conformément à l'article 745 du Code civil, d'un titre « *traslaticio* »⁵⁹⁶ de propriété, *i.e.* d'un contrat ayant lui-même une vocation translative. La constitution d'une garantie n'étant pas un contrat « *traslaticio* » de propriété⁵⁹⁷, il conviendrait de conclure à l'impossibilité de réaliser une cession à titre de garantie. Cette analyse est néanmoins expressément démentie par le législateur colombien qui reconnaît non seulement le mécanisme de la cession fiduciaire de créance, mais également celui, plus général, de la cession de créance à titre de garantie⁵⁹⁸. Si le législateur colombien reconnaît formellement la cession à titre de garantie, il s'agit d'un signe que la cession a elle-même été envisagée comme un titre « *traslaticio* » de propriété, c'est-à-dire comme un contrat ayant une vocation translative, indépendamment de la finalité recherchée par les parties.

213. **CONCLUSION DE LA SECTION II.** Tant le droit français que le droit colombien témoignent de la tendance à vouloir identifier la cession de créance à un acte translatif spécifique. En droit français, la tendance à assimiler la cession au contrat de vente était fondée sur les dispositions du Code de 1804 mais les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont explicitement détaché la cession du contrat de vente. De manière générale, la présentation de cette analyse a été riche d'enseignements. Elle a permis d'examiner ses possibles justifications en mettant en lumière leurs faiblesses. Ainsi, l'impossibilité d'identifier la cession au contrat de vente ne réside pas, comme on l'entend souvent, dans le fait que les créances ne peuvent être objets de propriété et donc qu'elles ne peuvent faire l'objet d'une vente, analysée classiquement en un contrat translatif de propriété. On a aussi pu révéler quelques signes défavorables à l'assimilation pure et simple de la cession de créance au contrat de vente. Il en est ainsi, par exemple, de l'existence de plusieurs dispositions éparses dans

⁵⁹⁵ V. *infra* n° 784.

⁵⁹⁶ Sur le sens de l'expression « *traslaticio* » utilisée par le législateur colombien : V. *supra* n° 134.

⁵⁹⁷ Il en serait de même si on acceptait la théorie de la doctrine majoritaire colombienne selon laquelle la cession ne serait qu'un acte de tradition de créance. En effet, selon l'article 745 du Code civil colombien, pour que la tradition soit valable il est nécessaire qu'elle soit précédée d'un titre « *traslaticio* » de propriété tels que la vente, l'échange ou la donation. De la sorte, si la cession était l'acte de tradition de créance, il serait impossible de considérer qu'elle puisse être la conséquence de la constitution d'une garantie, et cela car la constitution d'une garantie n'est pas en elle-même la cause suffisante d'un transfert.

⁵⁹⁸ La cession de créance à titre de garantie a été introduite expressément par le législateur colombien par la loi 1676 du 20 août 2013 réformant les garanties mobilières.

le Code civil témoignant d'un rapport certain entre la cession et d'autres opérations, telle la donation. En outre, on a pu constater que les « pères du Code Napoléon » ne réduisaient pas la cession de créance au contrat de vente, même si les références à ce dernier au moment de traiter de la première, étaient importantes.

214. Si l'identification de la cession de créance au contrat de vente, justifiée par le Code Napoléon, doit être rejetée, il ne convient néanmoins pas de conclure au bien-fondé de l'analyse dominante en droit colombien selon laquelle la cession serait un acte exclusivement de disposition de la créance, *i.e.* un simple mode d'acquisition. Aussi bien le législateur français que le législateur colombien a appréhendé la cession comme un titre d'acquisition de la créance. Ce constat n'est d'ailleurs pas remis en question par la récente réforme du droit français opérée par l'ordonnance du 10 février 2016. Cela signifie qu'indépendamment du caractère suffisant ou non du contrat de cession pour permettre le transfert de la créance du patrimoine du cédant dans celui du cessionnaire, la cession reste l'acte qui sert de cause au transfert. Il s'agit donc d'un acte doté d'une force obligatoire et d'un contenu obligationnel.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

215. Le caractère translatif de la cession de créance n'est remis en question ni en droit français ni en droit colombien. Cette apparente similitude occulte pourtant une conception différente de la cession dans chacun de ces deux systèmes juridiques. En droit français, sous l'empire du Code de 1804, l'analyse de la cession en un acte translatif s'expliquait par son appréhension comme un type de vente, acte translatif par excellence. Même si les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont détaché la cession du contrat de vente, la rédaction du nouvel article 1321 ne laisse aucun doute quant au caractère translatif de la cession. En revanche, en droit colombien, l'analyse de la cession en un acte translatif s'explique par son appréhension en tant qu'acte de tradition, *i.e.* mode d'acquisition de la créance ou acte exclusivement de disposition.

216. L'analyse de la cession de créance en droit colombien comme un acte exclusivement de disposition est favorisée par la distinction clairement opérée entre le titre et le mode de transfert. Cette particularité a permis à la doctrine colombienne de trouver, à la différence de la doctrine française, un terrain propice à une discussion sur la nature juridique de la cession -titre ou mode d'acquisition de la créance-, penchant plutôt pour cette dernière conception. Nous avons toutefois pu constater que certains auteurs contemporains français semblent aussi partager la conception dominante en droit colombien. Ils défendent en effet l'idée que la cession ne serait qu'un acte de disposition de la créance, indépendant de l'acte qui lui sert de titre ou de cause. Le fait que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 aient détaché la cession du contrat de vente, tout en la réglementant dans un chapitre concernant « *Les opérations sur les obligations* » en mettant l'accent sur sa nature translative, pourrait laisser croire que le législateur a pris parti en faveur de cette conception.

217. Cependant, ni la tentative d'assimilation de la cession de créance au contrat de vente ni celle relative à l'identification de la cession à un acte exclusivement de disposition n'emporte notre conviction. S'agissant de l'analyse de la cession en un acte exclusivement de disposition, elle doit être rejetée car la cession reste avant tout un titre d'acquisition d'une créance. Il s'agit donc de l'acte qui sert de cause ou de justification à un transfert. Quant à l'identification de la cession à un contrat de vente, sans être fautive, cette analyse se révèle lacunaire. En effet, même si la cession peut réaliser une vente, elle ne se réduit pas à une telle opération. Etant un contrat permettant le transfert d'une créance pour différentes causes, l'analyse de la cession en un contrat générique de disposition s'impose.

Chapitre II

L'originalité de la cession de créance en tant que contrat générique de disposition

218. Tant le droit français que le droit colombien distinguent la transmission des biens à cause de mort du transfert par acte entre vifs. Plus précisément, la doctrine utilise le terme « transfert » pour évoquer le phénomène de circulation des biens par acte entre vifs et celui de « transmission » pour se référer à la circulation des biens à cause de mort⁵⁹⁹. Alors que le contrat est reconnu comme étant l'outil privilégié de circulation des biens entre vifs⁶⁰⁰, la succession l'est pour la circulation des biens à cause de mort. Dès lors, si l'on affirme que la cession permet la circulation de la créance, la question reste de déterminer la place de la cession au sein des différents mécanismes permettant la circulation des biens. Nous aurons l'occasion de montrer, conformément à l'analyse privilégiée par nos législateurs civils respectifs, que la cession de créance est un accord de volontés ayant pour objet le transfert d'une créance (**Section I**). Cependant, même si cette précision est importante, elle n'est pas suffisante pour caractériser la cession. En dépit des apparences, l'identification de la cession au contrat de vente s'avère réductrice, car, à la différence de la plupart des contrats consacrés par nos législations, la cession a été conçue comme un contrat permettant la réalisation de différentes opérations juridiques⁶⁰¹. Cette caractéristique justifie que l'on doive l'appréhender comme un accord de volontés dont la cause est variable (**Section II**).

Section I- La cession, un accord de volontés ayant pour objet le transfert d'une créance

219. Compte tenu des différences constatées en matière de transfert de biens entre le droit français et le droit colombien, l'analyse de la cession de créance en un acte de disposition mérite une attention particulière. Alors qu'en droit français l'affirmation du caractère dispositif de la cession est admissible en raison du double rôle du contrat translatif -titre et mode de transfert-, en droit colombien une telle affirmation n'est possible que sous réserve de la prise en compte de la finalité ultime de la

⁵⁹⁹ Voir à propos de cette distinction *supra* n° 22.

⁶⁰⁰ Ph. CHAUVIRE, *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens, op. cit.*, n° 14, p. 8 : « Le transfert de propriété est tout d'abord le « mode habituel » d'acquisition de la propriété. C'est même plus précisément le contrat qui constitue l'outil privilégié permettant la circulation des biens entre vifs ».

⁶⁰¹ On préfère le terme « générique » à celui d'« abstrait » utilisé par certains auteurs car ce dernier sert précisément, dans une autre acception qui s'oppose à causal, à décrire le modèle allemand de l'acquisition des biens.

cession en tant que contrat « *traslaticio* » : le transfert de la créance. Ceci étant précisé, l'analyse de la cession en un accord de volontés ayant pour objet le transfert de la créance s'impose parce que la cession de créance est un acte de transfert entre vifs (§1) permettant un transfert volontaire de créance (§2).

§1- La cession, acte de transfert entre vifs

220. En droit colombien, l'analyse de la cession de créance en un acte de disposition entre vifs n'est pas mise en question. En effet, la doctrine majoritaire privilégie l'appréhension de la cession en tant qu'acte de tradition. Celle-ci étant un mode d'acquisition de la propriété par acte entre vifs s'opposant ainsi à la succession qui est un mode d'acquisition de la propriété à cause de mort, on comprend mieux l'absence de doute sur l'appréhension de la cession en tant qu'acte entre vifs⁶⁰². En revanche, la position ambiguë d'une partie de la doctrine française interroge, laissant percevoir la cession de créance comme un acte conclu non seulement entre vifs mais aussi, éventuellement, à cause de mort. Toutefois, malgré cette dernière position, on démontrera que les actes de disposition de créance à cause de mort doivent être exclus du champ de la cession de créance. Ainsi, une fois précisés les doutes sur le sujet en droit français (A), on s'emploiera à les dissiper (B).

A- Les doutes en droit français

221. Les règles relatives aux actes de disposition à cause de mort ont un caractère spécial au regard de celles régissant les actes de disposition entre vifs. Cette spécificité s'explique par une raison fondamentale : le caractère présent de l'acte de disposition entre vifs à la différence du caractère futur de l'acte de disposition à cause de mort⁶⁰³. Autrement dit, l'acte de disposition entre vifs a pour objet le patrimoine du disposant alors que l'acte de disposition à cause de mort a pour objet sa succession future⁶⁰⁴.

⁶⁰² J. SUESCUN MELO, *Derecho privado*, t. I, *Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, op. cit., p. 19 : « Le Code civil permet le transfert du lien d'obligation à titre singulier, par acte entre vifs, à travers la cession de créance et le paiement avec subrogation, mécanismes que réalisent la transmission du droit de créance à une autre personne qui viendra occuper la position juridique du créancier originaire ».

⁶⁰³ M. GRIMALDI, *Droit civil, successions*, op. cit., n° 273, p. 269 : « Ainsi, dans sa forme ordinaire, la donation emporte transfert immédiat de la propriété ; et s'il se peut que ce transfert soit retardé, parfois même jusqu'au décès du gratifiant, le donataire n'en est pas moins d'ores et déjà créancier d'une obligation de dare, c'est-à-dire de transférer la propriété dont seule l'exécution se trouve différée. Corrélativement, le donateur perd, en toute hypothèse, le droit de disposer du bien : il se dépossède « actuellement » selon le terme de l'article 894 ».

⁶⁰⁴ Ch. BAHUREL, *Les volontés des morts, vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, Préf. M. Grimaldi, LGDJ, 2014, n° 350, p. 228 : « En matière de libéralités, cette distinction [entre les biens futurs et les biens présents] a un tout autre sens : elle ne vise pas la date d'acquisition des biens mais la nature même des biens. Un bien présent, au sens du droit des libéralités, est un élément du patrimoine du de cuius ; peu importe que le bien soit déjà acquis ou pas encore acquis par le de cuius. En disposant d'un bien présent, le de cuius dispose de son patrimoine et confère au gratifié un droit immédiat sur le bien. Tandis qu'un bien à venir est un élément de la succession du de cuius, un bien successoral. En disposant d'un bien à venir, il dispose donc de sa succession future et confère au gratifié un droit qui n'existera qu'à l'ouverture de la succession. En résumé, on peut opposer le bien présent dans le patrimoine du disposant au bien à venir dans sa succession future ».

222. Cependant, si la doctrine est unanime quant à l'exclusion de la transmission de créance à titre universel du champ de la cession, il n'en va pas de même du legs d'une créance.

S'agissant de l'exclusion de la transmission de créance à titre universel du champ de la cession, sa manifestation la plus importante réside dans l'éviction, avant l'ordonnance du 10 février 2016⁶⁰⁵, de l'article 1690 du Code civil français relatif aux conditions spécifiques de l'opposabilité de la cession à l'égard des tiers. Le successeur à titre universel étant le continuateur de la personne du *de cuius*, l'opposabilité du transfert à l'égard des tiers serait immédiate, autrement dit, aurait cours dès le décès du testateur. Cette solution se justifierait par le caractère universel de la transmission⁶⁰⁶. En tout état de cause, le débiteur qui, dans l'ignorance du legs, paie de bonne foi l'héritier apparent, possesseur de la créance, n'est pas tenu de payer une seconde fois : seul un recours pourrait être reconnu, contre l'héritier, en faveur du légataire⁶⁰⁷. Quant au traitement des actes de disposition d'une créance à cause de mort à titre particulier, plus précisément du legs à titre particulier⁶⁰⁸, deux principaux doutes doivent être dissipés.

Le premier consiste à déterminer si une telle hypothèse doit être assimilée purement et simplement à une cession de créance. En effet, certains auteurs semblent identifier le legs d'une créance à une cession de créance considérant que dans la mesure où la cession peut être réalisée à titre gratuit ou onéreux, rien ne s'opposerait à reconnaître l'existence d'une cession de créance à titre de legs⁶⁰⁹.

Le second doute, en revanche, consiste à se demander si, indépendamment de l'analyse du legs en une cession de créance, on pouvait appliquer, avant l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1690 du Code civil afin de rendre le transfert par legs opposable aux tiers. Certains auteurs admettaient qu'il était opportun d'appliquer cette disposition à l'hypothèse du legs d'une créance, sans pour autant assimiler la cession et le legs d'une créance. En d'autres termes, ils considèrent que pour qu'un legs d'une créance à titre particulier soit opposable aux tiers, il serait nécessaire, conformément aux

⁶⁰⁵ Rappelons que si l'article 1690 du Code civil français demeure en vigueur, la cession de créance est aujourd'hui exclue de son champ d'application.

⁶⁰⁶ Pour l'exclusion de l'article 1690 aux transmissions à cause de mort : F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op.cit.*, n° 1283, p. 1330-1331 ; J. FRANÇOIS, *Traité de Droit civil, Les obligations, t.IV, Régime général*, 3^e éd., Economica, 2013, n° 354, p. 386 : étant donné que la cession de créance est aujourd'hui exclue du champ d'application de l'article 1690 du Code civil, il s'explique que l'auteur ne fasse plus référence à cet aspect dans la nouvelle édition de son ouvrage.

⁶⁰⁷ Y. EMERICH, *La propriété des créances, approche comparative, op. cit.*, n° 572, p. 318 ; C. SOUCHARD, *De la cession des créances*, thèse Paris, 1977, p. 141.

⁶⁰⁸ La référence au legs à titre particulier s'explique en droit français en raison de la distinction opérée entre les legs à titre universel et le legs à titre particulier. En ce sens, voir l'article 1003 : « *Le legs universel est la disposition testamentaire par laquelle le testateur donne à une ou plusieurs personnes l'universalité des biens qu'il laissera à son décès* ». En droit colombien, la référence au legs s'entend toujours d'un legs à titre particulier. En effet, l'article 1162 dispose : « *Les assignataires à titre particulier, indépendamment de l'expression qui est utilisée pour les désigner, et même si dans le testament on les qualifie d'héritiers ne sont pas les représentants du testateur et n'ont pas plus de droits ni devoirs que ceux qui leur sont imposés* ».

⁶⁰⁹ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Régime général, op. cit.*, n° 12, p. 7.

dispositions anciennes, soit de signifier le legs au débiteur de la créance léguée, soit de faire que celui-ci accepte le legs⁶¹⁰.

223. Comme on l'a souligné précédemment, ces doutes n'ont pas lieu d'être parmi la doctrine colombienne en raison d'une conception majoritaire de la nature juridique de la cession qui voit cette dernière comme un acte de tradition de créance. Autrement dit, mode de transfert de créance par acte entre vifs, elle s'opposerait catégoriquement aux modes de transfert de biens à cause de mort, dont le legs ne serait qu'un exemple⁶¹¹.

224. Il est vrai que l'incertitude qui plane autour des rapports entre la cession de créance et le legs à titre particulier d'une créance n'est pas totalement infondée à la lumière des dispositions du Code de 1804. La position ambiguë du législateur sur la nature juridique de la cession de créance explique parfaitement ces incertitudes quant à l'extension du champ de la cession de créance à certains actes à cause de mort. De même, le fait que des sources romaines évoquent effectivement un rapport entre le legs et la cession peut justifier l'existence d'un tel débat⁶¹². Néanmoins, nous allons voir que ces doutes peuvent être levés.

B- La levée des doutes

225. Tout d'abord, soulignons que les incertitudes autour de l'appréhension du legs d'une créance en une modalité de cession ne devraient plus avoir lieu d'être après l'ordonnance du 10 février 2016. En disposant expressément dans un nouvel article 1321 du Code civil français que la cession est un contrat, les rédacteurs de la réforme ont exclu la qualification de « cession » à l'hypothèse du legs d'une créance. Certes, conformément au nouvel article 1100-1, alinéa 2 du Code civil, on pourrait

⁶¹⁰ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. I, *Contrat et engagement unilatéral*, *op.cit.*, p. 614 : « Il y a transmission à titre particulier lorsque le légataire (que l'on appelle un ayant cause à titre particulier) reçoit un ou plusieurs biens déterminés de la succession (...). Pour certaines créances, il faudra respecter les formalités de la cession de créances ». Il convient de souligner que dans l'édition précédente, avant la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, l'auteur se référerait expressément au besoin de respecter les formalités des cessions de créance de l'article 1690 du Code civil (M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. I, *Contrat et engagement unilatéral*, 3^e éd., PUF, 2007, p. 555) ; J.-Cl. *Civil*, art. 1689 à 1695, par L. Cadet, mis à jour par F. Leborgne, 2004, spéc. 74-77.

⁶¹¹ En partant de cette vision, même si la cession de créance et le legs pourraient être rapprochés d'un point de vue fonctionnel en ce sens que les deux actes ont pour fonction de permettre la circulation de la créance d'un patrimoine dans un autre, il s'agit cependant de deux actes différents d'un point de vue structurel en ce sens que la cession est une convention alors que le legs est un acte permettant l'acquisition de la propriété à cause de mort. Autrement dit, en tant que mode d'acquisition, la cession est le mode d'acquisition de la créance entre vifs, s'opposant au legs en tant que mode d'acquisition à cause de mort. Pour approfondir cette analyse: A. GUZMÁN BRITO, « Identidad de funciones o efectos provenientes de la negocialidad entre vivos y por causa de muerte », *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXII*, Valparaíso, Chile, 1^{er} semestre, 2009, p. 39-106. En ce qui concerne la doctrine colombienne: L.G. VELÁSQUEZ JARAMILLO, *Bienes*, *op. cit.*, p. 212. A. LUCIA MOSCOSO, *Cesión de derechos*, Tesis de grado, Facultad de ciencias Economicas y juridicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogota, 1967, p. 55

⁶¹² À propos du legs comme étant l'une des causes de la cession de créance en Droit romain: M.-E. CAMACHO LÓPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, *op. cit.*, 93-113. Voir également à propos du rapport entre la cession de créance et le legs en droit romain : *supra* n° 190.

appliquer au legs d'une créance, pourvu qu'elles soient compatibles, les dispositions propres à la cession de créance ; cependant, une telle possibilité ne conduit pas nécessairement à affirmer que le legs d'une créance est en effet une cession de créance⁶¹³. Mais au-delà de ce constat, et même avant la réforme introduite par l'ordonnance du 10 février 2016, quelques arguments militaient déjà en défaveur de l'analyse du legs d'une créance en une cession. Une lecture attentive des dispositions relatives à la cession de créance et de celles concernant le legs d'un bien à titre particulier permet de constater l'intention du législateur français de restreindre le champ de la cession de créance à un acte de transfert entre vifs. En effet, le transfert opéré par la cession est, à la différence de celui ayant lieu à cause de mort, un transfert immédiat et irrévocable de créance ; caractéristiques principales des actes de disposition entre vifs. Afin de mieux comprendre la portée de cette affirmation, il convient de s'attarder sur chacune de ces caractéristiques.

226. Le caractère immédiat du transfert implique que dès la conclusion de la cession, le cédant transfère ou s'oblige à transférer la créance en faveur du cessionnaire, de sorte que le transfert ou l'obligation de transférer la créance est corrélatif à la perte du pouvoir de disposer du cédant⁶¹⁴. Celui-ci ne pourra donc plus réaliser aucun autre acte de disposition sur la créance objet de la cession sans engager sa responsabilité à l'égard du cessionnaire, indépendamment du moment effectif de l'opposabilité du transfert aux tiers⁶¹⁵.

Ce caractère immédiat du transfert opéré par la cession n'est pas même remis en cause dans l'hypothèse d'une cession de créance future. Dès la réalisation de la cession, le cédant est dépossédé du pouvoir de disposer de la créance objet du contrat compte tenu du caractère immédiat de la cession en tant qu'acte de disposition entre vifs⁶¹⁶. C'est précisément pour cette raison que se justifie le principe de rétroactivité expressément prévu dans certains systèmes juridiques, ainsi que dans quelques projets européens⁶¹⁷. En vertu de ce principe, il est considéré que la cession d'une créance future est effective

⁶¹³ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., art. 1321, p. 1321 : « L'affirmation, bien que traditionnelle [selon laquelle la cession de créance est un contrat], n'est pas sans conséquence : le legs de créance (qui n'est pas un contrat) ne relève pas directement des articles 1321 et suivants. Cela étant dit, on peut lui appliquer ces dispositions sur le fondement de l'article 1100-1, alinéa 2 : les actes juridiques unilatéraux » obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles gouvernant les contrats ». Voir également quant à l'éventuelle application des règles sur la cession à l'usufruit des créances sans affirmer pourtant qu'il s'agit d'une cession de créance : Ch. GIJSBERS, « Le nouveau visage de la cession de créance », *Dr. et pat.*, n° 260, juill.-août 2016, p. 49.

⁶¹⁴ Voir à ce propos l'analyse M. GRIMALDI, *Droit civil, Successions*, op. cit., n° 273, p. 269 : « On veut dire par là que le donataire acquiert immédiatement-donc présentement, du vivant du donateur- un droit sur les biens qui en forment l'objet. Ainsi, dans sa forme ordinaire, la donation emporte transfert immédiat de la propriété ; et s'il se peut que ce transfert soit retardé, parfois même jusqu'au décès du gratifiant, le donataire n'en est pas moins d'ores et déjà créancier d'une obligation de dare- c'est-à-dire de transférer la propriété-, dont seule l'exécution se trouve différée ».

⁶¹⁵ V. *infra* n° 783 et s.

⁶¹⁶ Voir en ce sens Ch. BAHUREL, *Les volontés des morts, vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, op. cit., n° 350, p. 228.

⁶¹⁷ Selon l'article 11 : 202 (2) des Principes du droit européen du contrat, « La cession d'une créance future est subordonnée à sa naissance mais, lorsque celle-ci survient, elle prend effet dès le moment de l'accord de cession ou à tel moment ultérieur dont le cédant et le cessionnaire sont convenus ». Voir aussi à propos de la garantie due par le cédant dans le cas de la cession d'une créance future,

à la date de sa conclusion, ce indépendamment de la date de naissance de la créance objet de la cession⁶¹⁸. De même, il serait éventuellement possible d'engager la responsabilité du cédant si la créance objet de la cession ne naissait pas en raison d'un fait pouvant lui être imputable. C'est pourquoi, comme nous le verrons⁶¹⁹, la consécration de la règle selon laquelle « *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* » par les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 est critiquable. Étant donné le caractère immédiat du transfert opéré par la cession, l'opposabilité aux tiers du transfert d'une créance future devrait avoir lieu à partir de la conclusion du contrat de cession.

227. Quant au caractère irrévocable de la cession de créance, il découle du principe général d'irrévocabilité des conventions selon lequel les accords légalement formés tiennent lieu de loi pour les parties⁶²⁰, qui sont donc tenues de respecter les termes de la convention qu'elles ont passée. Par conséquent, il n'est pas possible pour l'une d'elles de revenir unilatéralement sur son consentement ou de modifier les termes initiaux du contrat.

Transposée à la cession de créance, l'irrévocabilité signifie que le cédant ne peut revenir valablement sur la cession qu'il a conclue avec le cessionnaire. Cette précision est utile car elle permet de nous éclairer à propos de la responsabilité du cédant dans les hypothèses d'une double mobilisation de la créance. Par exemple, si le cédant conclut un acte de disposition sur une créance ayant fait précédemment l'objet d'une cession, mais avant l'accomplissement des formalités requises pour l'opposabilité aux tiers⁶²¹, il devrait voir sa responsabilité engagée à l'égard du premier cessionnaire⁶²² indépendamment des reproches que l'on peut faire à ce dernier pour la méconnaissance du devoir de diligence lui incombant⁶²³. En effet, la conclusion du deuxième acte de disposition porte atteinte au principe d'irrévocabilité de la cession en tant qu'acte de disposition entre vifs.

l'article 9.1.15 de la Convention de Nations Unies pour la cession de créances de 2010 selon lequel le cédant doit garantir l'existence de la créance sauf dans les cas où il s'agit d'une créance future.

⁶¹⁸ V. *infra* n° 661, 670 et 810.

⁶¹⁹ V. *infra* n° 814.

⁶²⁰ Un tel principe est prévu respectivement aux articles 1103 et 1602 du Code civil français et du Code civil colombien. Il était également consacré par l'ancien article 1134 du Code civil français. À propos de la révocabilité des actes de disposition à cause de mort : Ch. BAHUREL, *Les volontés des morts, vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, op. cit., n° 4, p. 4 : « L'expression de dispositions à cause de mort insiste sur l'objet de ces actes : un acte à cause de mort ou *mortis causa*, c'est un acte qui porte sur les choses (*causa* en latin) du mort, autrement dit les choses qu'il laissera à son décès, sa succession notamment. L'acte de dernière volonté est donc un acte à cause de mort car il a un objet successoral. Mais l'acte de dernière volonté est aussi révocable : c'est un acte à cause de mort révocable. Irrévocable, l'acte à cause de mort devient un pacte sur succession future, qui, parce qu'il fige dès sa conclusion le règlement successoral futur, est tout l'inverse d'un acte de dernière volonté qui demeure totalement dépourvu d'effet du vivant du testateur ».

⁶²¹ Conformément à l'article 1690 du Code civil français, applicable en matière de cession de créance avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, et à l'article 1960 du Code civil colombien.

⁶²² V. *infra* n° 811.

⁶²³ V. *infra* n° 474.

228. Mais le caractère irrévocable de la cession ne s'oppose pas à la reconnaissance de la cession fiduciaire de créance à des fins de garantie par exemple. Certes, dans une telle hypothèse, il existe une éventualité de rétrocession de créance objet de la fiducie si le débiteur -fiduciant- exécute effectivement l'obligation garantie avec l'opération fiduciaire. Cependant, cette conséquence n'obéit pas à l'exercice d'une faculté unilatérale du constituant de la fiducie afin de remettre en question le transfert opéré. La rétrocession est possible, car c'est le propre de la fiducie de permettre un transfert temporaire ou finalisé d'une créance. En effet, le transfert d'une créance dans le cadre d'une cession fiduciaire à des fins de sûreté est réalisé dans le seul but de garantir le paiement d'une dette⁶²⁴. Dès lors, l'éventuelle rétrocession est de l'essence de la fiducie et il convient d'entendre que les parties l'ont ainsi convenu dès la conclusion de l'opération⁶²⁵. C'est pourquoi l'article 1242 du Code de commerce colombien prévoit la rétrocession des biens dans le sens que l'on vient de signaler⁶²⁶.

229. Ayant précisé le sens et la portée du caractère immédiat et irrévocable de la cession de créance en tant qu'acte de disposition, on comprend mieux la pertinence de l'exclusion du legs d'une créance, même à titre particulier, du champ de la cession. Il convient à cet égard de préciser que le legs, en tant que disposition testamentaire et indépendamment de son caractère particulier, constitue un acte de disposition qui a pour objet un bien à venir. En d'autres termes, le legs n'a vocation à opérer qu'après la mort du testateur. Par conséquent, il s'agit d'un acte par essence révocable⁶²⁷.

230. La particularité du legs en tant qu'acte de disposition à cause de mort est mise en évidence par la consécration de certaines règles spéciales qui s'opposent à celles s'appliquant à la cession de créance. Il en est ainsi de la disposition prévue à l'article 1014 du Code civil français selon laquelle le légataire à titre particulier ne peut faire siens les fruits et intérêts de la chose léguée qu'à compter de la demande de délivrance⁶²⁸. En revanche, dans le cas de la cession de créance, le cessionnaire fait siens, dès la conclusion de l'acte, la créance et ses accessoires, sauf convention contraire.

⁶²⁴ E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, *op.cit.*, n° 598, p. 369 : « La cession fiduciaire est consentie exclusivement à titre de sûreté : le transfert de la créance n'a pas un caractère définitif et l'opération est réalisée dans l'unique but de garantir le paiement d'une créance » ; D. LEGEAIS, *Les garanties conventionnelles sur créances*, Préf. Ph. Rémy, Economica, 1986, n° 213, p. 127.

⁶²⁵ En ce sens, voir l'article 1257-1 de l'avant-projet Catala : « Une créance peut être cédée en propriété sans stipulation de prix à titre de garantie. Elle fait retour au cédant lorsque le cessionnaire a été rempli de ses droits ou que l'obligation garantie est éteinte pour une autre cause. On voit bien alors que la rétrocession fait partie de l'essence même de la cession à titre de garantie ».

⁶²⁶ Voir l'article 1242 du Code de commerce colombien : « Au moment de l'extinction du contrat de fiducie, sauf disposition contraire dans l'acte constitutif de la fiducie et indépendamment de la cause de terminaison, les biens objet de la fiducie retourneront à nouveau dans le patrimoine du fiduciant ou de ses héritiers ».

⁶²⁷ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, *op.cit.*, n° 177, p. 280.

⁶²⁸ M. GRIMALDI, *Droit civil, Successions*, *op. cit.*, n° 435, p. 439.

De même, la spécificité du legs par rapport à la cession de créance transparait à travers l'exigence d'une demande de délivrance du legs de la part du légataire auprès des héritiers réservataires ou des légataires universels. Cette délivrance ne doit pas être confondue avec celle de l'article 1689 du Code civil, dans sa rédaction originale, applicable en matière de cession de créance⁶²⁹. Alors que cette dernière consiste dans la « remise » du titre de la part du cédant et en faveur du cessionnaire, la délivrance du legs consiste dans la demande du légataire de la reconnaissance de son droit suivant les dispositions de l'article 1011 du Code civil français, ayant pour finalité principale de protéger les droits des héritiers réservataires⁶³⁰.

La doctrine majoritaire affirme que cette exigence de délivrance se justifie par l'opposition d'intérêts entre le légataire et l'héritier c'est pourquoi, en principe, elle ne concerne que les relations entre ceux-ci⁶³¹. Mais pour que cette délivrance ait lieu, aucune forme particulière n'est exigée. La délivrance du legs peut résulter du simple fait que le légataire ait pris des conclusions pour défendre une action en justice dans laquelle l'effectivité du legs était discutée. La délivrance est aussi réalisée lorsque l'héritier ou le légataire universel saisi ont exécuté volontairement le legs ou lorsque le légataire s'est mis en possession du bien au vu et au su de l'héritier sans que celui-ci émette de protestation⁶³².

231. Quant aux doutes issus du rapport établi par les textes romains entre le legs et la cession de créance, ils peuvent s'expliquer par le fait qu'en droit romain, à la différence des systèmes juridiques français et colombien⁶³³, le légataire ne devenait pas propriétaire du bien objet du legs dès le décès

⁶²⁹Dans le cas du legs d'une créance, tant que la délivrance, qu'elle soit volontaire ou judiciaire, n'est pas acquise, la succession est entre les mains des héritiers réservataires. Le légataire universel n'a aucun pouvoir sur les biens héréditaires et il n'a pas droit aux fruits et revenus. Il ne peut appréhender les biens, ni les administrer, ni en avoir l'usage qu'il s'agisse d'immeubles ou de meubles, tels que les comptes en banque. Toutefois, le légataire universel peut, en attendant la délivrance, recourir à des mesures conservatoires de nature à sauvegarder ses droits, notamment en cas de négligence ou de malhonnêteté des héritiers réservataires. Le bénéficiaire d'un legs de libération n'était pas tenu de demander la délivrance. Il s'agit en effet d'un débiteur, libéré par le legs que lui consent son créancier (le testateur). Le légataire n'a donc rien à recevoir, il est dispensé d'exécuter son obligation. La solution paraît justifiée en une matière où l'idée de prise de possession d'un effet de la succession ne se conçoit pas ; elle n'empêche pas les héritiers de contester le cas échéant la forme du testament ou la validité de la libéralité qu'il contient. À propos de la distinction entre l'acquisition automatique de la propriété au moment du décès et la délivrance : Ch. JUBAULT, *Droit civil, Les successions, les libéralités*, 2^e éd., Montchrestien, 2010, n° 135, p. 106 : « De même, pour le legs à titre particulier, l'acquisition automatique de la propriété au moment du décès est une chose (article 1014 du Code civil), la délivrance en est une autre. C'est un continuateur de la personne du défunt qui délivrera le legs (sauf succession vacante ou en déshérence, comme il délivrerait la chose vendue peu de temps avant la mort du de cujus si l'occasion se présentait ».

⁶³⁰ L'article 1011 du Code civil français dispose à propos de la délivrance du legs : « Les légataires à titre universel sont tenus de demander la délivrance aux héritiers auxquels une quotité des biens est réservée par la loi ; à leur défaut, aux légataires universels ; et à défaut de ceux-ci, aux héritiers appelés dans l'ordre établi au titre des successions ». H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. IV, vol. 2, 5^e éd., par L. et S. LEVENEUR, Montchrestien, 1999, n° 1200, p. 455 : « Le légataire non saisi est tenu de demander la délivrance. La règle étant d'ordre public parce qu'elle protège les droits des héritiers, le testateur ne saurait valablement dispenser le légataire de former cette demande » ; M. GRIMALDI, *Droit civil, Successions*, op. cit., n° 434, p. 438.

⁶³¹ Ph. MALAURIE et Cl. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, op. cit., n° 555, p. 321 et s. Une autre question est celle des rapports entre le légataire et les tiers.

⁶³² H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. IV, vol.2, op. cit., n° 1200, p. 455 ; M. GRIMALDI, *Droit civil, Successions*, op.cit., n° 433, p. 436 ; Ph. MALAURIE et Cl. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, *ibidem*. Voir également : Cass. civ. 1^e, 18 nov. 1968 : D. 1969. 112.

⁶³³ Y. EMERICH, *La propriété des créances, approche comparative*, op. cit., n° 573, p. 319. Voir également en faveur de la thèse du transfert des droits au légataire dès le décès du testateur mais sous condition de son acceptation dans le délai d'option : Ph.

mais à partir de l'acceptation du legs. Cela explique la référence à la cession de créance de l'héritier au légataire⁶³⁴. Cependant, compte tenu du fait que dans nos droits contemporains le légataire devient propriétaire du bien dès le décès, une telle conception n'est plus pertinente pour justifier l'hypothèse selon laquelle la cession permettrait la réalisation d'un legs⁶³⁵.

232. Si l'exclusion des actes de disposition à cause de mort du champ de la cession de créance conforte l'appréhension de celle-ci en tant qu'acte conventionnel, il en va de même de la mise en avant du rôle fondamental de la volonté. La cession de créance est avant tout un acte de transfert volontaire.

§2- La cession, acte de transfert volontaire

233. L'effet final de la cession est de permettre le passage d'une créance du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire. Autrement dit, la créance sort du patrimoine du cédant, aliénateur de la créance, pour directement aller dans celui du cessionnaire, acquéreur de la créance⁶³⁶. La cession est caractérisée par une certaine continuité dans la mesure où la créance, objet du transfert, n'est pas altérée par ce déplacement⁶³⁷. C'est précisément en raison du transfert direct de la créance d'un patrimoine à un autre que s'expliquent l'existence d'un lien d'auteur à ayant cause⁶³⁸, le principe d'opposabilité des exceptions en faveur du débiteur de la créance cédée⁶³⁹ et le maintien des accessoires de la créance⁶⁴⁰. Il est intéressant de noter que la cession est avant toute chose un acte volontaire. Si la

MALAUURIE et Cl. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, op. cit., n° 554, p. 320 ; M. GRIMALDI, *Droit civil, Successions*, op. cit., n° 435, p.440 où l'auteur s'interroge sur le fait de savoir pourquoi le légataire n'acquiert pas les fruits dès le décès alors que dès ce jour il est propriétaire. Voir égal. F. TERRE, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, 4^e éd., Dalloz, 2014, n° 815, p. 734 : « La délivrance ne rend pas le légataire propriétaire ; il l'est depuis le décès. Simplement, son titre étant vérifié, il aura à compter de cette date la qualité de successeur saisi : il sera dans la situation possessoire du défunt et pourra exercer les actions relatives aux biens légués. La délivrance confère également au légataire droit aux fruits émanant du bien légué ».

⁶³⁴ Voir *supra* n° 190.

⁶³⁵ *Contra* F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Cours de droit civil successions*, PUF, 2012, n° 84 : « Il faut en déduire que l'acquisition du légataire particulier a une nature translatrice. En témoigne l'article 1014 du Code civil, qui dispose, dans son premier aliéna, que tout legs pur et simple donnera au légataire, du jour du décès du testateur un droit à la chose léguée, droit transmissible à ses héritiers ou ayants-cause. Ce texte ne signifie pas que le légataire est propriétaire dès l'ouverture de la succession : s'il avait voulu signifier cela, il aurait énoncé que le légataire a un droit sur la chose léguée. Contrairement à ce que retient la jurisprudence » (nous soulignons).

⁶³⁶ E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op.cit., n° 510, p. 311 : « En droit français comme en droit allemand, la créance doit quitter le patrimoine du cédant pour intégrer celui du cessionnaire ».

⁶³⁷ Ph. CHAUVIRE, *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens*, op. cit., n° 10, p. 6.

⁶³⁸ *Ibidem*, n° 36, p. 23.

⁶³⁹ E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op.cit., n° 702, p. 428 : « La créance est transférée dans l'état où elle se trouvait au moment du transfert : Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet. À partir du principe nemo plus juris, le droit français déduit que le cédé conserve les exceptions à l'égard du cessionnaire qui lui étaient possibles contre le cédant avant la signification ou l'acceptation » ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, op.cit., n° 374, p. 370 : « Cette règle de l'opposabilité des exceptions n'est qu'une application du principe, exprimé par des adages classiques, qui interdit de céder plus de droits qu'on en a ».

⁶⁴⁰ V. *infra* n° 678 s.

créance passe du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire, cela résulte d'un accord de volontés entre ces deux protagonistes⁶⁴¹.

234. Cette mise en évidence du caractère volontaire du transfert n'est pas anodine. La doctrine contemporaine française souligne, soit de façon expresse, soit de façon implicite, le rôle fondamental de la volonté, surtout celle du propriétaire, dans le processus de circulation des biens. La tendance à la distinction entre les transmissions volontaires et les transmissions non volontaires ou forcées en témoigne.

Pour un exemple de reconnaissance expresse, on peut mentionner les travaux de M. Chauviré, auteur d'une thèse récente portant sur l'acquisition dérivée de la propriété, qui défend l'idée selon laquelle le caractère volontaire du transfert constituerait précisément le critère de distinction entre l'acquisition dérivée et l'acquisition originaire⁶⁴². L'acquisition dérivée serait la conséquence d'un acte de libre disposition des biens, l'un des piliers fondamentaux du droit des biens tant en droit français⁶⁴³ qu'en droit colombien⁶⁴⁴. La finalité principale, dans une telle hypothèse, serait la libre

⁶⁴¹ Pour cette raison, même si on peut appliquer les dispositions de la cession de créance dans l'hypothèse d'un apport en société d'une créance à une Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée (EURL), en application du nouvel article 1100-1 du Code civil, ce n'est pas sûr qu'on puisse qualifier l'opération de cession de créance. Voir à propos des apports en matière d'EURL : P. SERLOTEN, *Répertoire Droit de sociétés*, V° « Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée », janv. 2012, spéc. 90 : « *Comme en cas de constitution de SARL pluripersonnelle, des apports en nature de biens et droits meubles ou immeubles, corporels ou incorporels peuvent être faits à l'EURL soit en propriété soit en jouissance. Les apports en nature faits à une EURL obéissent aux règles générales des apports en nature dans toute société ainsi qu'aux règles spéciales concernant les apports en nature à une société à responsabilité limitée. En conséquence, l'apporteur ne saurait arguer de sa qualité d'associé unique pour prétendre se dispenser de l'obligation de garantie personnelle envers la société. Ainsi, selon l'article 1843-3 du code civil, l'apporteur, associé unique, est garant envers la société comme un vendeur envers son acquéreur. En cas d'éniction ou de vices cachés, l'associé unique serait responsable, ce qui pourrait l'amener à devoir réparer sur ses biens personnels le préjudice subi par l'EURL. Certes, l'action ne sera pas intentée par l'associé unique à son encontre, mais elle pourrait l'être par un créancier de la société sur la base de l'action oblique (C. civ., art. 1166). De la même façon, l'associé unique est responsable pendant cinq ans à l'égard des tiers de la valeur attribuée aux apports en nature lors de la constitution (C. com., art. L. 223-9)* ».

⁶⁴² Ph. CHAUVIRE, *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens*, op. cit., n° 173, p. 122 : « La différence entre les acquisitions dérivées et originaires réside donc dans le fait que seule la première résulte de l'exercice du droit de propriété. En se séparant volontairement de son bien, en désignant celui qui sera appelé à devenir son successeur, l'aliénateur se comporte en propriétaire. Il profite de la liberté que sa qualité lui confère, en application de l'article 537, liberté qui va jusqu'au pouvoir de mettre un terme à la relation qui l'unit à son bien » (nous soulignons).

⁶⁴³ La doctrine majoritaire affirme que le principe de libre disposition des biens se fonde sur l'article 537 du Code civil. Cette disposition accorderait effectivement aux particuliers la faculté d'accomplir tout acte juridique relatif à leurs biens : F.-X. LICARI, « L'incessibilité conventionnelle de la créance, le *pactum de non cedendo*, de l'Ecole des Pandectes à la loi relative aux nouvelles régulations économiques », 1^{re} partie, *RJ Com.* 2002/2, n° 6, p. 72 ; Ph. CHAUVIRE, *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens*, op. cit., n° 163, p. 107-108 ; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, op. cit., n° 62, p. 73 : « Ainsi compris, le droit de disposer visé par l'article 544 n'est qu'un complément du pouvoir de jouissance (dont il n'exprimerait qu'une modalité ou une liberté d'exercice) dans lequel il se retrouve absorbé et ne recouvre, par rapport à ce dernier, aucun contenu technique ou spécifique. Ce droit de disposer tel qu'énoncé par l'article 544 doit être distingué de celui visé à l'article 537 du Code civil qui présente, quant à lui, un contenu spécifique et correspond à la possibilité pour le propriétaire de céder ou aliéner librement son bien ou, plus généralement, d'accomplir sur ce dernier tout type d'actes juridiques » (nous soulignons).

⁶⁴⁴ En droit colombien, même s'il n'existe pas une disposition comme celle de l'article 537 du Code civil français, la doctrine et la jurisprudence affirment qu'un tel principe découle des articles 669 du Code civil et 333 de la Constitution Politique. Quant à l'article 669, il définit la propriété comme étant le droit de disposer des biens de la façon la plus absolue pourvu que les limites imposées par la loi soient respectées et qu'on ne porte pas atteinte aux droits d'autrui. Quant à l'article 333, il concerne la liberté économique et la libre initiative privée. En ce sens voir : Corte Constitucional colombiana, Sentence C-133 de 2009, Ref. D-7385, M. R. : J. Araujo Rentería où la Cour affirme que l'inexistence dans la Constitution Politique de 1991 d'une disposition comme celle que prévoyait l'article 37 de la Constitution de 1886, relative à l'interdiction de biens immeubles inaliénables, ne signifie pas la suppression d'un tel principe. Cela dans la mesure où la libre disposition des biens est un attribut inhérent à la propriété. L'alinéa 1^{er} de l'article 333 dispose que : « *L'activité économique et l'initiative privée sont*

gestion du patrimoine. L'acquisition originaire, qui ne serait pas la conséquence d'un acte de libre disposition des biens, viserait des objectifs forts différents de celui de la libre gestion de patrimoine par son titulaire. Celle-ci peut notamment avoir pour finalité de garantir la sécurité juridique en consolidant une situation de fait au bout d'un certain temps, comme dans l'hypothèse de la prescription. De même, elle peut viser à résoudre le cas litigieux de la désignation du propriétaire en cas de réunion de deux biens comme dans le cas de l'accession par exemple⁶⁴⁵.

En ce qui concerne la reconnaissance tacite, on peut citer la position de M^{me} Tosi. Auteur d'une thèse intitulée *Acte translatif et titularité des droits*, elle souligne, à travers deux précisions fondamentales, l'importance du rôle de la volonté dans le transfert de biens. Tout d'abord, elle rappelle la nécessité de distinguer entre les notions de « transfert » et d'« acte translatif » : l'« acte translatif » évoque toujours l'existence d'une manifestation de volonté orientée vers la circulation d'un bien alors que le « transfert » ne rappelle qu'un simple effet, celui-ci pouvant résulter d'une disposition légale⁶⁴⁶. Ensuite, elle précise qu'à l'intérieur de la catégorie de l'« acte translatif », il conviendrait de distinguer entre l'acte dont l'auteur est le titulaire du bien objet du transfert et celui où, en revanche, l'auteur est une personne autre que le titulaire mais investie du pouvoir de le réaliser⁶⁴⁷. Ces distinctions se révèlent intéressantes, l'auteur en tire des conséquences sur le régime du transfert de la propriété. Par exemple, ce serait précisément en raison du caractère volontaire ou forcé du transfert qu'il serait possible de déterminer l'étendue des obligations de garantie qui sont à la charge de l'aliénateur d'un bien⁶⁴⁸. Par ailleurs, le rapport entre le caractère volontaire du transfert et les garanties dues par l'aliénateur est mis en exergue dans un nombre important d'études relatives à l'intervention du juge dans la transmission des biens⁶⁴⁹.

libres, tout en respectant les limites du bien commun. Pour leur exercice, personne ne pourra exiger des permissions préalables ni des conditions n'ayant pas été prévues par le législateur ». Voir à propos de la portée d'une telle disposition : Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-624, 4 novembre 1998, *Jurisprudencia y Doctrina*, n° 325, enero de 1999, p. 118 s. À propos du principe de libre disposition des biens en droit colombien : A. VALENCIA ZEA et A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, t. II, *Derechos reales*, op. cit., n° 60, p. 150.

⁶⁴⁵ Ph. CHAUVIRE, *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens*, op. cit., n° 166, p. 109.

⁶⁴⁶ I. TOSI, *Acte translatif et titularité des droits*, op.cit., n° 6, p. 3 : « [...] La précision est notable car on ne saurait confondre les deux mécanismes, celui du transfert et celui de l'acte translatif. Le transfert, sans doute, fait apparaître dans tous les cas une même relation d'auteur à ayant-cause, qu'il découle d'un acte translatif ou d'un fait auquel la loi attache cette conséquence. Ainsi l'héritier, qui tient sa créance de la loi, est l'ayant cause du de cuius, tout comme le légataire. On voit cependant que la notion de transfert est plus large que celle d'acte translatif car la transmission du droit peut être l'effet de la loi ».

⁶⁴⁷ I. TOSI, *ibidem*, n° 596, p. 361 : « L'acte translatif n'émane pas nécessairement du titulaire du droit transféré (ou si l'on veut du propriétaire du bien transféré), il peut également être opéré par une personne investie du pouvoir de le faire ». Ce qui explique la distinction faite par l'auteur entre l'auteur du transfert et l'auteur dans le transfert.

⁶⁴⁸ I. TOSI, *ibid.*, n° 472, p. 276 : « Lorsque la vente est forcée, en revanche, le particularisme est fort puisqu'il conduit à dénier à l'acquéreur le bénéfice des habituelles garanties après-vente, tant contre l'auteur du transfert que contre l'auteur dans le transfert ».

⁶⁴⁹ Les auteurs s'accordent pour signaler que le caractère forcé d'un contrat translatif empêcherait d'exiger du propriétaire certaines garanties auxquelles, en cas contraire, il serait tenu : A. ENGEL-CREACH, *Les contrats judiciairement formés*, Pref. A. Bénabent, *Economica*, 2002, n° 387, p. 261 : « Dans l'ensemble des « contrats » forcés dans lesquels l'obligation ne présente pas un caractère d'ordre public, la partie contrainte se voit, en outre, dispensée de garantir la partie volontaire contre la découverte d'un vice affectant la chose ou le droit acquis. Celui qui a obtenu du juge la formation du « contrat » contre le gré de l'autre supporte seul le risque de la découverte d'un vice caché ou d'une éviction par un tiers ». Il convient bien évidemment d'exclure les cas où le transfert est le résultat d'une décision judiciaire tendant à garantir l'exécution forcée d'un contrat librement conclu. Dans une telle hypothèse, le transfert est le résultat d'un engagement libre de la part du propriétaire. Le juge n'intervient que pour rendre effectif l'engagement pris

En outre, le rôle fondamental de la volonté dans la transmission des biens qui se traduit, soit par le renforcement, soit par l'allègement des garanties prévues à la charge du titulaire du transfert, est reconnu expressément par le Code civil français comme par le Code civil colombien. Dans le Code civil français, par exemple, les articles 1649 et 1684 excluent respectivement la garantie contre les vices et la possibilité de demander la rescision dans le cas d'une vente faite par autorité de justice. Pour ce qui est du Code civil colombien, l'article 1922 prévoit l'exclusion de l'action rédhibitoire dans l'hypothèse d'une vente forcée réalisée sur intervention du juge. Il en est de même de l'article 1908 au sujet de l'inexistence de la garantie d'éviction dans le cas d'une vente forcée. Suivant cette même orientation, l'article 1949 du Code civil exclut l'action en rescision pour lésion dans les cas de ventes accomplies par autorité de justice⁶⁵⁰. La doctrine justifie pleinement ces dispositions en raison du caractère forcé du transfert. L'idée sous-jacente est qu'une personne ne doit pas être tenue de subir les conséquences défavorables d'un acte qu'elle n'a pas conclu volontairement.

Les différentes conceptions mentionnées ont un point en commun : celui de mettre en évidence l'importance de la distinction entre le transfert forcé et le transfert volontaire d'un bien. Dans l'hypothèse d'un transfert volontaire, c'est le propriétaire lui-même qui décide du transfert, en application du principe de libre disposition des biens et afin de satisfaire son intérêt particulier. En revanche, dans l'hypothèse d'un transfert forcé, c'est le législateur ou le juge qui décide du transfert, mais cette fois-ci afin de garantir l'intérêt général⁶⁵¹.

235. Si la mise en lumière du rôle fondamental de la volonté dans le processus de transmission et d'acquisition des biens s'avère pertinente dans le cadre de notre recherche, c'est parce que la volonté sert non seulement de critère de distinction de la cession de créance (A), mais également de critère d'identification de celle-ci (B).

par le propriétaire : J. THERON, *L'intervention du juge dans les transmissions de biens*, Préf. C. Saint-Alary-Houin, LGDJ, 2008, n° 433, p. 388, note 154.

⁶⁵⁰ Il en serait de même dans le cas du droit français à la lumière de ce qui est prévu à l'article 1684 : « Elle (la rescision) n'a pas lieu en toutes ventes qui, d'après la loi, ne peuvent être faites que d'autorité de justice ».

⁶⁵¹ En droit colombien : F. VELEZ, *Estudio sobre derecho civil colombiano*, t.V, 2^e éd., Imprenta Paris-América, 1991, p. 292 ; J. THERON, *L'intervention du juge dans les transmissions de biens*, op. cit., n° 24, p. 26. Voir plus précisément à propos de la finalité de protéger un intérêt général par le biais de l'expropriation : H. ACUÑA CARVAJAL, « Enajenación de inmuebles en Colombia en el marco de la Ley 388 de 1997 », *ACE*, n° 7, junio 2008, p. 169-176. Voir en faveur de la même analyse dans le domaine de la subrogation légale : Corte suprema de justicia, Sala de casación civil, 23 septembre 1993, Réf. 3961, M.R. : P. Lafont Pianetta, où la Cour suprême a soutenu que la subrogation légale, étant une institution d'ordre public tendant à garantir la protection d'un intérêt général, serait incompatible avec une clause de cession de droits : « Ceci étant dit, force est de conclure que si en raison de l'exécution du contrat d'assurance et une fois payée l'indemnisation par l'assureur, les parties s'accordent sur une cession des droits de l'assuré en faveur de celui-ci, cet accord ne produit aucun effet. La raison est que si un tel accord concerne le droit payé par l'assureur, il est inefficace pour manque d'objet : les droits dont il serait cessionnaire il les a déjà acquis ipso jure en raison du paiement, en tant que subrogé légal. Et si la cession avait pour objet le restant du montant que la victime aurait pu demander à l'auteur du dommage (c'est-à-dire la différence entre la valeur de l'assurance et le montant du dommage réparable), un tel pacte serait nul (...) Car de cette manière se dénature ce type de subrogation légale d'ordre public et limitée au montant payé par l'assureur, afin de lui faire produire, ouvertement ou frauduleusement, une portée supérieure à celle prévue par le législateur ».

A- La volonté, critère de distinction de la cession de créance

236. Le transfert forcé des créances n'est méconnu ni du droit français ni du droit colombien. La saisie-attribution des créances en droit français en témoigne. Il s'agit effectivement d'un mécanisme permettant à un créancier de se faire attribuer directement une créance de son débiteur, dans la double limite de ce que lui est dû et de ce que le tiers saisi doit à son débiteur⁶⁵². Un tel mécanisme n'est pas connu du droit colombien. En revanche, et à l'instar du droit français avant la réforme des voies d'exécution opérée par une loi en 1991, le législateur colombien a consacré le mécanisme de la saisie-arrêt, lequel n'emporte pas attribution immédiate de la créance⁶⁵³.

237. En ce qui concerne la nature juridique de la saisie-attribution, quelques auteurs affirment qu'il s'agirait d'une cession forcée de créance⁶⁵⁴. Une telle présentation n'est pourtant pas satisfaisante. D'aucuns vont jusqu'à remettre en cause le caractère translatif de l'opération, ce qui montre une incompatibilité avec l'idée même de cession⁶⁵⁵. De plus, même si on admettait sa nature translatif, le caractère forcé de la saisie-attribution justifie sa distinction avec la cession de créance.

⁶⁵² R. PERROT et Ph. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, 3^e éd., Dalloz, 2013, n° 369, p. 374.

⁶⁵³ La saisie-arrêt du droit colombien ne fait qu'opérer une sorte d'indisponibilité de la créance pour son titulaire mais non une perte de la propriété. À propos de la portée d'une telle indisponibilité : Corte Suprema de Justicia, sala civil y agraria, 24 juin 199, Exp. 4816, M.R. : Carlos E. Jaramillo Schloss : « (...) La portée d'une mesure de saisie est celle de priver temporairement le titulaire d'un bien de son pouvoir de disposition sur la chose objet de saisie (...). Il s'agit d'une soustraction transitoire de disposition pour aliéner le bien saisi ». La procédure de saisie-arrêt des créances est prévue aux articles 593 (4) et suivants du Code général du procès colombien (Loi 1564 de 2012).

⁶⁵⁴ R. PERROT et PH. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, op.cit., n° 399, p. 409 : « Un rapprochement avec la cession de créance s'impose lorsqu'on s'interroge sur la nature du mécanisme d'attribution. L'article L. 211-2 du Code des procédures civiles d'exécution précise que le saisissant se voit attribuer la créance ainsi que tous ses accessoires. Il n'est donc plus possible de retenir l'analyse traditionnelle du jugement de validité, où l'on voyait une délégation simple. Ce n'est pas une créance nouvelle qui naît entre le saisissant (qui serait délégataire) et le tiers saisi (qui serait délégué), car cette créance nouvelle ne pourrait être assortie des accessoires de la créance saisie (v. toutefois à propos des sûretés, la solution retenue dans l'arrêt du 7 avril 2011 qui limite l'effet translatif de la saisie, critiquée, supra n° 396). Il n'y a, par ailleurs, ni novation ni datation en paiement parce que le saisi n'est pas libéré par le transfert de la créance (C. pr. exc., art. R. 211-8 ; infra nos 412 et 413). Contrairement à ce qu'on a pu penser en se fondant sur l'article 1694 du Code civil, qui dispose qu'en principe le cédant ne garantit pas la solvabilité du débiteur, le maintien de l'obligation du saisi n'est nullement exclusif de la qualification de cession de créance. La saisie-attribution prend donc place parmi les mécanismes de transmission des obligations ». Par ailleurs, l'idée concernant la possibilité de faire référence à une sorte de cession légale ou même cession judiciaire de la créance n'est pas totalement étrangère à la doctrine : R. SALEILLES, *La théorie générale de l'obligation*, op. cit., n° 86, p. 78 : « Le droit allemand connaît une cession légale, une cession judiciaire et une cession conventionnelle ; c'est cette dernière qui porte plus spécialement le nom de cession (Abtretung). Le projet accepte cette terminologie et désigne alors sous le nom générique de transport (Übertragung) tout acte de transmission de l'obligation, réservant celui de cession pour le transport par voie de convention, lequel, seul, doit nous occuper ».

⁶⁵⁵ M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, op. cit., n° 168, p. 117 : « On peut surtout invoquer, au soutien de la reconnaissance d'un droit exclusif au profit du créancier nanti, la figure de la saisie-attribution. Le choix peut paraître déplacé, puisqu'il est généralement admis que l'efficacité de cette mesure d'exécution repose justement sur son caractère translatif. Pourtant, il semble qu'elle confère simplement un droit exclusif au paiement, sans que ne s'opère un véritable transfert de la créance elle-même. En effet, de nombreux points de son régime jurent avec cette affirmation. L'article L. 211-2, alinéa 4, du Code des procédures civiles d'exécution permet par exemple la coexistence de plusieurs saisies-attribution pratiquées concurremment sur une même créance, alors qu'en toute logique, si le premier saisissant avait extrait ladite créance du patrimoine du débiteur, elle ne devrait plus pouvoir y faire l'objet d'une nouvelle saisie ». Plus loin, l'auteur affirme : « La saisie-attribution semble donc fonctionner comme si la créance demeurait dans le patrimoine du débiteur, mais en étant affectée de façon exclusive au paiement du premier saisissant » (n° 169, p. 118) (nous soulignons). Dans le même sens : E. FRAUD, « La notion de transfert de créance », art. préc., n° 100, p. 859 : « Malgré tout, il ne faudrait pas immédiatement en conclure que la loi du 9 juillet 1991 fait de la saisie-attribution une technique parfaite de transfert de créance. De nombreuses zones d'incertitudes demeurent (...). Dans un premier temps, la saisie-attribution entraîne un transfert de la créance, puis suite au refus du tiers-saisi de fournir les renseignements requis, la saisie-attribution opère une novation par changement de cause ».

Cette précision est fondamentale car elle permet de comprendre que si certaines dispositions peuvent être justifiées dans le cadre de la saisie-attribution, il n'en est pas forcément de même dans le domaine des autres opérations sur les créances, telle la cession⁶⁵⁶. Il en est ainsi, par exemple, de l'obligation d'information imposée au tiers saisi et de l'éventuelle responsabilité pour manquement injustifié à un tel devoir⁶⁵⁷. Si l'obligation d'information et les conséquences de sa violation peuvent être justifiées, cela s'explique par la finalité de la procédure et, par conséquent, par son caractère forcé⁶⁵⁸. En effet, celle-ci a pour but de permettre au créancier titulaire d'un titre exécutoire de bénéficier d'une procédure efficace, simple et rapide d'exécution, organisée d'une façon préétablie et exigeant l'intervention d'un huissier de justice.

Pour cette raison, et malgré la position de certains auteurs⁶⁵⁹, l'extension d'une telle obligation d'information à la charge du débiteur d'une créance cédée ne nous paraît pas pertinente⁶⁶⁰. Si la cession se traduit en une faculté de modification unilatérale de l'obligation en faveur du créancier, comment peut-on expliquer que le débiteur de la créance cédée risque de voir sa situation aggravée en raison de l'exercice de cette faculté par le créancier de l'obligation ?

238. Mise à part la saisie-attribution, il existe un autre mécanisme reconnu comme étant translatif de créance et commun au droit français et au droit colombien : la subrogation personnelle.

⁶⁵⁶ Si le créancier est titulaire d'un titre exécutoire (décision de justice par exemple), l'État doit lui garantir des procédures efficaces, simples et rapides d'exécution : parce que le juge exerce une partie de puissance publique et le droit d'obtenir l'exécution d'un jugement fait partie des droits fondamentaux.

⁶⁵⁷ En effet, l'article L. 211-3 du Code des procédures civiles d'exécution dispose que « *Le tiers saisi est tenu de déclarer au créancier l'étendue de ses obligations à l'égard du débiteur ainsi que les modalités qui pourraient les affecter et, s'il y a lieu, les cessions de créances, délégations ou saisies antérieures* ». Les articles R. 211-4 et 211-5 traitent, quant à eux, du contenu de l'obligation d'information ainsi que de la sanction en cas du refus sans motif légitime. Voir sur la procédure de la saisie-attribution : A. LEBORGNE, *Droit de l'exécution, Voies d'exécution et procédures de distribution*, 2^eéd., Dalloz, 2014, n° 1021 s, p. 467 s ; Ph. THERY et R. PERROT, *Procédures civiles d'exécution, op.cit.*, n° 389 s, p. 392 et s. Il est intéressant de signaler que l'article 593 (4) du Code général du procès colombien (Loi 1564 de 2012), reconnaît aussi cette obligation d'information à la charge du débiteur, même si on est en présence d'une saisie-arrêt et non d'une saisie-attribution. Cela peut conforter l'idée qu'une telle obligation d'information serait justifiée en raison de la spécialité de la procédure et de la nécessité de protéger un intérêt général. Autrement dit, l'obligation d'information à la charge du débiteur ne s'impose pas du seul fait du caractère translatif de l'opération.

⁶⁵⁸ V. *infra* n° 559 et s.

⁶⁵⁹ G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, thèse préc., n° 443, p. 367 : « *Le même raisonnement doit pouvoir être transposé en dehors du contrat et spécialement dans les opérations conventionnelles portant sur des créances. Si un cessionnaire potentiel ou toute personne souhaite savoir si des droits ont été acquis sur la créance, seul le débiteur de la créance objet du transfert sera en mesure de l'en informer (à condition, bien sûr, que les opérations lui soient notifiées). Cette seule considération doit suffire à justifier la création d'une obligation d'information à la charge du débiteur ayant pour objet la transmission d'informations relatives aux droits éventuellement acquis sur la créance* ».

⁶⁶⁰ M. JULIENNE, *Le nantissement de créance, op.cit.*, n° 38, p. 32 : « *Séduisante dans son principe, l'idée d'assurer la publicité des opérations sur créances par l'intermédiaire du débiteur est très difficile à organiser correctement. Il est vrai que la saisie-attribution fait obligation au tiers saisi de renseigner le saisissant sur l'état de la créance. Mais les particularités de cette procédure s'opposent à la généralisation d'un tel système. Elle suppose en règle générale la production d'un titre exécutoire ou d'une autorisation du juge si la saisie est conservatoire, et repose nécessairement sur l'intervention d'un huissier de justice, alors qu'une simple notification peut se faire par tout moyen. Ce n'est pas parce que le tiers saisi est tenu d'une obligation d'information légale qu'il est bon d'étendre la règle au nantissement de créance* ». Certains auteurs soulignent que le débiteur de la créance cédée pourrait avoir intérêt à ce que le cédant demeure son créancier. Par conséquent, il serait redoutable de lui imposer une obligation d'information alors que sa neutralité serait compromise, à la différence d'un conservateur d'hypothèques : S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, Préf. P. Lagarde, LGDJ, 2003, n° 203, p. 220 : « *Toutefois, à la différence d'un conservateur des hypothèques, le débiteur cédé n'est pas une personne neutre, offrant toutes les garanties pour fournir des renseignements fiables aux tiers (...). Par ailleurs, le débiteur peut avoir un intérêt à ce que le cédant demeure son créancier, notamment pour lui permettre de procéder à une éventuelle compensation* ».

Concernant le rapport entre la cession de créance et la subrogation personnelle, la doctrine et la jurisprudence, en France comme en Colombie, s'accordent sur la distinction à opérer entre ces deux procédés. Même si dans les deux hypothèses le caractère translatif ne paraît être remis en question⁶⁶¹, le fait que la subrogation ait pour fondement un paiement justifierait leur distinction. En effet, il est majoritairement admis que la subrogation serait un « service d'ami », un acte bénévole, tandis que la cession serait un acte de spéculation⁶⁶². Il semblerait que ce soit l'approche retenue par les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 qui ont non seulement maintenu les deux mécanismes, mais aussi traité de la subrogation personnelle dans une sous-section IV intégrant une section I dédiée au paiement.

239. Cependant, cette distinction classique fondée sur le paiement n'est pas convaincante. Deux arguments peuvent être invoqués à son encontre : d'une part, il est inexact de considérer que le trait fondamental de la subrogation est celui d'être un « service d'ami » ; d'autre part, l'analyse de la cession de créance en une opération essentiellement spéculative est contestable⁶⁶³.

En ce qui concerne l'analyse de la subrogation en une opération bénévole, une lecture attentive des hypothèses dans lesquelles celle-ci a lieu révèle l'inexactitude d'une telle approche. Tout d'abord, s'agissant de la subrogation légale, elle se réalise au profit de la personne qui, y ayant un intérêt légitime, réalise un paiement libératoire en faveur de celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette, soit partiellement, soit totalement. Ce dispositif est décrit au nouvel article 1346 du Code civil

⁶⁶¹ Il convient de rappeler qu'autrefois, le véritable caractère translatif de la subrogation était objet de discussion. Une partie importante de la doctrine classique française défendait l'idée que la subrogation n'opérait pas de véritable transfert de la créance. Pour certains auteurs, la subrogation ne garantissait que la survie des accessoires afin de renforcer la créance nouvelle qui naissait en faveur du subrogé. Voir à propos de cette vision restrictive de la subrogation : J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op.cit.*, n° 307, p. 362-363. Un auteur contemporain français n'hésite pas à affirmer que, dans certains cas, la transmission, en matière de subrogation, se limite effectivement aux sûretés : E. FRAUD, « La notion de transfert de créance », art. préc., spéc. n° 85, p. 852-853.

⁶⁶² A ce propos : F. AUCKENTHALER, « Le droit du subrogé aux intérêts de la créance », *D.* 2000, p. 171, spéc. 3 : « *Il est aujourd'hui unanimement admis que la créance survit au profit du subrogé mais seulement à concurrence du montant du paiement fait au créancier subrogeant. Bien qu'il ne soit pas fondé sur aucun texte, ce principe est habituellement justifié par le fait que la subrogation, par opposition à la cession de créance, n'est pas une opération spéculative mais une garantie donnée au solvens pour le remboursement de ses avances* ». Pour une telle analyse en droit colombien : D.-J. CASTANEDA VARGAS et D.-A. REYES PATINO, *Análisis sustancial y procesal de las subrogaciones tramitadas ante los juzgados del distrito judicial de Bucaramanga durante los años 2002 a 2012*, Universidad Industrial de Santander, Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de derecho y Ciencia política, Bucaramanga, 2012, spéc. p. 44.

⁶⁶³ C. MOULOUNGUI, *L'admissibilité du profit dans la subrogation*, Préf. F. Grua, LGDJ, 1995, n° 78, p. 71 : « *Néanmoins, le choix de la notion de bienveillance pour marquer la différence entre les deux institutions n'est pas heureux : son point de départ est en effet fondamentalement inexact. Car, quoique la cession de créance soit parfois pour ceux qui y prennent part l'occasion de réaliser une bonne affaire, il est loin d'en être toujours ainsi* » ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, *op. cit.*, p. 469 : « *Il est inexact, dit-on, d'assimiler pleinement la subrogation et la transmission des créances : les deux opérations ont un caractère différent. La transmission des créances est un acte de spéculation ; la subrogation s'explique par un service rendu au débiteur. On en a conclu que la subrogation est un acte à deux faces : paiement à l'égard du subrogeant, dont la créance est éteinte ; cession de créance à l'égard du subrogé et des autres intéressés, par une fiction d'après laquelle la créance survit à son extinction. Cette opinion intermédiaire doit être repoussée. En premier lieu, elle aboutit à une conception obscure (...) En outre, son point de départ n'est pas exact. La cession de créance est quelquefois un acte de spéculation ; elle ne l'est pas toujours (...). Inversement, le paiement, d'où résulte la subrogation, n'est pas nécessairement un acte de bienveillance à l'égard du débiteur ; il peut être un mode de placement pour l'auteur du paiement* ». Voir dans le même sens : M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Les obligations*, 2^e part., n° 1245, p. 654 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, *Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1252, p. 2485 ; A. PONSARD et P. BLONDEL, *Rép. civ.*, v° « Subrogation », 1976, n° 225.

français issu de l'ordonnance du 10 février 2016. La doctrine se prononçait déjà en ce sens⁶⁶⁴. Par ailleurs, il convient de signaler que le législateur colombien, à l'instar des rédacteurs du Code de 1804⁶⁶⁵, a procédé à une énumération non exhaustive de certains cas à l'origine d'une subrogation légale⁶⁶⁶. D'autres hypothèses de subrogation légale sont expressément reconnues par des lois spéciales, notamment en matière d'assurances⁶⁶⁷ et de sécurité sociale⁶⁶⁸.

D'autre part, concernant la subrogation conventionnelle -selon ses deux modalités-, il semble douteux d'affirmer qu'elle ne soit pas inspirée d'un esprit de spéculation. En ce qui concerne la subrogation consentie par le débiteur, spécifique au droit français puisque le Code civil colombien analyse une telle hypothèse en un cas de subrogation légale⁶⁶⁹, elle a lieu lorsqu'un tiers fournit des fonds au débiteur pour lui permettre de se libérer auprès de son créancier originaire⁶⁷⁰. Il est vrai que

⁶⁶⁴ J. FRANÇOIS, *Traité de Droit civil, Les obligations*, t.IV, *Régime général*, 3^e éd., Economica, 2013, n° 467, p. 461 : « Dans certaines situations, la subrogation est attachée de plein droit au paiement fait par un solvens auquel la charge définitive de la dette n'incombe pas. Plus précisément, la subrogation légale est prévue dans des cas où le paiement de la dette est soit obligatoire pour le solvens, soit présente pour lui un intérêt particulier ».

⁶⁶⁵ En effet, l'ancien article 1251 du Code civil français énumérait cinq hypothèses spécifiques à l'origine d'une subrogation légale.

⁶⁶⁶ Voir l'article 1668 du Code civil colombien.

⁶⁶⁷ D'ailleurs, la jurisprudence colombienne a pu établir la portée de la consécration de la subrogation légale en ce sens qu'il ne serait pas possible pour les parties de conclure une cession de créance, autrement dit, une telle cession ne serait pas efficace : Corte suprema de justicia, Sala de casación civil, 23 novembre 1993, Réf. 3961, M.R. : Pedro Lafont Pianetta.

⁶⁶⁸ L'article 1668 du Code civil colombien prévoit expressément que la subrogation opère non seulement dans les cas expressément signalés dans le Code civil, mais également dans les hypothèses prévues par des lois spéciales. Quant au droit français : J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., *op.cit.*, n° 552, p. 521 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, n° 403, p. 393-394 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1372, p. 1417. En droit français, par exemple, le cas de la subrogation de l'assureur de dommages est prévu à l'article L. 121-12 du Code d'assurances ainsi que celui du tiers payeur prévu à l'article 28 et s. de la loi du 25 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation. Voir également le cas de subrogation légale reconnue en faveur de celui qui a payé de ses deniers les frais funéraires pour le compte de la succession. En ce qui concerne le droit colombien : voir l'article 1096 du Code de commerce sur la subrogation en matière d'assurances. Le Code civil colombien dispose un principe général de subrogation légale en faveur de celui qui paie une dette d'autrui avec le consentement tacite ou exprès du débiteur (art. 1168 (5)). Voir à propos de la portée de cette disposition : F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, *op. cit.*, n° 300, p. 410 et s ; L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. XXII, *De las obligaciones*, part. III, *op.cit.*, n° 1546, p. 252.

⁶⁶⁹ L'article 1668-6 du Code civil colombien, correspondant à l'article 1610-6 du Code civil chilien, prévoit qu'il y a lieu à la subrogation par disposition de la loi et même contre la volonté du créancier dans toutes les hypothèses prévues dans la loi et spécialement au bénéfice de : « Celui qui a prêté des deniers au débiteur pour le paiement, pourvu qu'il soit établi que la somme empruntée a été employée pour faire le paiement, et cela à travers une écriture publique constatant le prêt ainsi que le paiement ». Voir la doctrine chilienne à propos des explications concernant cette différence de traitement entre le Code civil chilien, adopté en Colombie, et le Code Napoléon : L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. XXII, *De las obligaciones*, part. III, *op.cit.*, n° 1552 et s. D'ailleurs, une partie de la doctrine française laisse entendre que la subrogation *ex parte debitoris* est, à vrai dire, une subrogation légale : O. DESHAYES, « La subrogation « conventionnelle » », *Mélanges en l'honneur du professeur Nicole Decoopman, Les frontières du droit*, Ceprisca, 2014, p. 132-133 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Cours de droit civil, Obligations, Régime*, *op. cit.*, n°155 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 1396, p. 781 : « En réalité, il s'agit d'une subrogation légale, déclenchée par une convention conclue entre le débiteur et un prêteur. La loi offre une faveur au débiteur ; ce qui explique le caractère strict des conditions de fond et surtout de forme. L'histoire et les nécessités de la pratique l'expliquent ».

⁶⁷⁰ La subrogation conventionnelle *ex parte debitoris* était consacrée à l'ancien article 1250-2 du Code civil français. Elle a été maintenue par les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016. Selon les termes du nouvel article 1346-2 du Code civil « La subrogation a lieu également lorsque le débiteur, empruntant une somme à l'effet de payer sa dette, subroge le prêteur dans les droits du créancier avec le concours de celui-ci. En ce cas, la subrogation doit être expresse et la quittance donnée par le créancier doit indiquer l'origine des fonds. La subrogation peut être consentie sans le concours du créancier, mais à la condition que la dette soit échue ou que le terme soit en faveur du débiteur. Il faut alors que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaire, que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement, et que dans la quittance il soit déclaré que le paiement a été fait des sommes versées à cet effet par le nouveau créancier ». Voir d'une manière générale à propos des modifications subies par la subrogation conventionnelle *ex parte debitoris* : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 997 et s, p. 849 et s.

l'esprit altruiste qui a pu l'inspirer peut laisser croire à son caractère philanthropique. Sous le règne d'Henri IV, le taux des rentes ayant connu une baisse, l'idée était de permettre aux débiteurs de racheter les rentes au taux plus haut pour en contracter de nouvelles au taux plus bas. Un édit de 1609 a ainsi permis aux débiteurs d'accorder eux-mêmes le bénéfice de la subrogation aux bailleurs de fonds qui leur prêtaient de l'argent pour le rachat des rentes anciennes. Il s'agissait donc d'échapper à la réticence des anciens créanciers et d'inciter les bailleurs de fonds à faire crédit aux débiteurs⁶⁷¹. Cependant, la subrogation a évolué en un mécanisme permettant au subrogé de réaliser un placement et, par conséquent, en un important instrument de financement dont la nature bénévole est devenue discutable⁶⁷².

Pour ce qui est de la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris*, elle représente aujourd'hui, en droit français, le principal dispositif au service de l'affacturage, opération de crédit permettant la mobilisation de créances commerciales à court terme⁶⁷³. Ceci explique les critiques de plus en plus importantes concernant son prétendu caractère bienveillant⁶⁷⁴.

Quant au caractère spéculatif de la cession de créance⁶⁷⁵, deux critiques peuvent lui être opposées. Premièrement, si ce caractère spéculatif s'expliquait par l'identification de la cession au contrat de vente, il a été démontré précédemment le mal-fondé de l'assimilation de ces deux

⁶⁷¹ J. FRANÇOIS, *Traité de Droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., *op.cit.*, n° 584, p. 545 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1370, p. 1415-1416.

⁶⁷² J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, Préf. P. Kayser, LGDJ, 1979, n° 202, p. 229 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op.cit.*, n° 412, p. 401 ; M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, *op. cit.*, n° 62, p. 47.

⁶⁷³ Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, « Le contrat dit de factoring », *JCP*, 1966, I, 2044 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op.cit.*, n° 390, p. 386 : « Une personne, dénommée « factor » ou affactureur, paie les créances qu'un commerçant ou un industriel a acquises contre ses clients, moyennant le transfert de ces créances, et bien entendu le paiement d'une commission. Ainsi, l'affacturage réalise la mobilisation de créances à court terme, en même temps qu'il décharge le fournisseur des tâches de facturation et du risque de non-paiement des factures. Le transfert des créances est réalisé grâce à une subrogation conventionnelle consentie par le fournisseur au factor, formalisée par une quittance subrogative qui accompagne chacun des bordereaux de créances réglées par le factor ».

⁶⁷⁴ À propos des nouveaux usages de la subrogation conventionnelle par le créancier : J. FRANÇOIS, *Traité de Droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., Economica, 2017, n° 575, p. 537-538 ; F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 13, p. 26 ; J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op.cit.*, n° 201, p. 227 : « Il en est résulté une institution (en se référant à la subrogation) pratique, malléable, sachant répondre à des exigences concrètes. Celles du monde contemporain l'ont alors sollicitée, découvrant souvent en elle l'instrument juridique approprié, si bien que la subrogation personnelle a vu, de nos jours, son domaine s'étendre de manière considérable, dans des directions fort diverses et parfois contraires à sa vocation traditionnelle » ; J. CARBONNIER, *Droit civil, t. II, Les biens, les obligations*, *op.cit.*, n° 1252, p. 2485 : « En fait, la subrogation conventionnelle est utilisée par des capitalistes comme moyen de placement ; et par une nouvelle fortune, elle est devenue aujourd'hui le support de l'opération commerciale du factoring » ; E. FRAUD, « La notion de transfert de créance », art.préc., n° 86, p. 853 : « [...] Pour elles, la subrogation apparaîtrait d'abord comme une opération amicale, exclusive de tout gain, au contraire de la cession de créance qui se présenterait, par essence, comme une opération spéculative. Cette réponse, qui peut paraître justifiée dans l'hypothèse de la subrogation légale, l'est moins dans celle de la subrogation conventionnelle. À la suivre strictement, elle rendrait impropre la subrogation conventionnelle à toute activité lucrative. Or, l'affacturage, opération de crédit, repose pourtant sur le procédé de subrogation conventionnelle. En outre, envisager la différence « d'esprit » entre la subrogation et la cession de créance s'avère à tout le moins fallacieux, cette dernière pouvant à l'évidence servir la mise en œuvre d'une libéralité ».

⁶⁷⁵ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, principes, doctrine, jurisprudence*, 2^e éd., t. IV, *Les principaux contrats usuels*, 1^{re} part., *op. cit.*, n° 378, p. 369, note 4 qui distingue entre un contrat spéculatif et un contrat aléatoire : « [dans la cession de créance] l'incertitude du recouvrement n'a pas pour effet, en droit, de subordonner l'existence de la contrepartie à une chance ».

opérations⁶⁷⁶. Par ailleurs, comme il sera analysé plus loin, la cession permet aussi la réalisation d'un transfert à titre gratuit⁶⁷⁷.

Deuxièmement, même si on admettait l'assimilation de la cession à la vente, ce serait le sens accordé au terme « *spéculatif* » qui serait contestable. Comme l'affirme M. Mouloungui, ce n'est pas parce qu'une opération permet d'obtenir un gain qu'il est pertinent de la qualifier nécessairement d'opération spéculative. Le vocable « *spéculation* », comme le suggère cet auteur, devrait être restreint au domaine des opérations sur valeurs, immeubles ou marchandises, faites en vue de réaliser un gain en profitant des fluctuations naturelles du marché. Il ne serait donc pas correct d'assimiler toute forme d'exploitation lucrative à la spéculation⁶⁷⁸.

240. Si le caractère bienveillant de la subrogation personnelle n'est pas certain et si la caractérisation de la cession comme acte spéculatif est douteuse, la distinction classique entre la cession de créance et la subrogation personnelle sur le fondement du paiement se révèle donc peu convaincante. Le critère permettant de distinguer ces deux mécanismes est à rechercher ailleurs.

241. Un bref aperçu historique sur les origines de la subrogation permet de démontrer que si ces deux opérations doivent être distinguées, cela est dû au fait que la cession est un acte juridique à l'origine d'un transfert volontaire de créance alors que la subrogation personnelle opère un transfert légal de celle-ci. Ainsi, la « *volonté* » est le véritable critère de différenciation entre la cession de créance et la subrogation personnelle.

242. À propos des origines de la subrogation personnelle, la doctrine majoritaire reconnaît que même si le droit romain n'a pas effectivement prévu ce dispositif tel qu'il est consacré par nos systèmes juridiques modernes⁶⁷⁹, il serait né de la fusion de deux institutions connues des Romains :

⁶⁷⁶ V. *supra* n° 184 et s.

⁶⁷⁷ V. *infra* n°267, 268 et 286.

⁶⁷⁸ C. MOULOUNGUI, *L'admissibilité du profit dans la subrogation*, *op. cit.*, n° 83, p. 75 ; D. PONTON-GRILLET, « La spéculation en droit privé », *D.* 1990, p. 157 et s., spéc. n° 1 : « Il est ainsi admis qu'une opération ne peut être réputée spéculative uniquement parce qu'elle est avantageuse, les juges caractérisent l'intention spéculative par la recherche d'un bénéfice anormal et rapide ».

⁶⁷⁹ F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 24, p. 34, J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, n° 12, p. 22 ; J. FRANÇOIS, *Traité de Droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., *op.cit.*, n° 549, p. 520-521 : « La subrogation personnelle était inconnue du droit romain. Cependant, c'est bien ce droit qui en a posé les linéaments, à travers deux institutions, le bénéfice de cession d'actions et la *successio in locum* ».

la cession d'action⁶⁸⁰ et la *successio in locum*⁶⁸¹, lesquelles étaient appréhendées comme des hypothèses de transmission de créance imposées au créancier⁶⁸².

Ce n'est qu'avec l'Ancien droit français que l'institution de la subrogation que nous connaissons aujourd'hui se consolidera. Le terme « *subrogation* » serait issu du droit canonique, plus précisément de la pratique bénéficiale. Plusieurs auteurs soulignent que c'est grâce à la reconnaissance dans la pratique de différentes hypothèses donnant lieu à la subrogation personnelle que s'est construit un terrain propice à la consécration d'un principe général de substitution d'une personne à une autre. Ainsi, la subrogation était appelée à jouer chaque fois que les caractéristiques de base de deux institutions romaines étaient réunies⁶⁸³.

243. La préférence pour la subrogation personnelle s'explique par les avantages qu'elle accorde aux trois personnes impliquées, sans nuire à aucune d'elles. En ce qui concerne le créancier originaire, la subrogation incite effectivement un tiers à le payer. Quant au débiteur, il ne risque pas les poursuites du créancier originaire et par conséquent sa situation n'est pas aggravée dès lors que la créance subsiste telle qu'elle est⁶⁸⁴. Pour ce qui est du subrogé, il peut effectivement profiter des garanties de paiement attachées à la créance en augmentant ainsi ses opportunités de remboursement⁶⁸⁵.

244. Quant au fondement de la subrogation personnelle, les auteurs considèrent qu'il est à rechercher dans le principe d'équité. Rien ne semble plus conforme à la justice que le fait de reconnaître, en faveur de celui qui paie la dette d'autrui ou qui fournit au débiteur les fonds nécessaires pour se libérer, la possibilité de prendre la place du créancier désintéressé et de lui succéder dans ses

⁶⁸⁰ Le bénéfice de la cession d'action consistait dans la reconnaissance en faveur de la caution *solvens*, dans l'hypothèse où elle aurait payé la dette du débiteur cautionné, d'exiger du créancier qu'il lui cède sa propre action contre le débiteur avec les garanties accessoires qu'elle pouvait comporter : J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op.cit.*, n° 14, p. 23.

⁶⁸¹ L'autre mécanisme reconnu en droit romain, considéré comme l'un des antécédents de la subrogation, est celui de la *successio in locum*. En présence d'un créancier désintéressé pour qui les garanties de paiement précédemment obtenues étaient devenues inutiles, il fallait assurer le transfert de celles-ci à un *solvens* qui ne devait pas supporter le poids définitif de la dette. Mais ici, l'auteur du paiement ne succédait pas à tous les droits et actions du créancier, il se voyait seulement reconnaître le droit à lui succéder à l'hypothèque. L'institution jouait notamment en faveur du créancier hypothécaire qui en désintéressait un autre pour prendre sa place : J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op.cit.* n° 15, p. 24.

⁶⁸² F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 31, p. 39 ; Ph. RENUSSON, *Traité de la subrogation*, Paris, *op.cit.*, chap. II, n° XIV ; J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op.cit.*, 1979, n° 12, p. 22.

⁶⁸³ *Répertoire de législation, de jurisprudence et de doctrine*, v° « Obligation », n° 1816, p. 399 ; Ph. RENUSSON, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, *op. cit.*, Chapitre I, n° 8.

⁶⁸⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, n° 386, p. 382 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 1393, p. 777-778. En droit colombien : F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, *op. cit.*, n° 294, p. 405. En droit chilien : L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. XXII, *De las obligaciones*, part. III, *op.cit.*, n° 1505, p. 212.

⁶⁸⁵ Le recours subrogatoire pourrait être plus avantageux que le recours personnel (lequel peut être fondé, selon le cas, sur les règles du mandat ou de la gestion d'affaires) qui appartient en principe au tiers qui paie la dette d'autrui. La raison est que le recours personnel est un recours chirographaire : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op.cit.*, n° 408, p. 398 ; J. FRANÇOIS, *Traité de Droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., *op.cit.*, n° 546, p. 518.

droits. Il s'agit du mécanisme le plus efficace pour permettre au *solvens* de récupérer ce qu'il paye pour autrui⁶⁸⁶. Une telle présentation de la subrogation conforte l'idée, mise en exergue par certains auteurs, que si le transfert forcé d'un bien peut être justifié, cela résulte de l'existence d'un intérêt supérieur à protéger, visé par le législateur⁶⁸⁷.

245. Ainsi, contrairement à ce qui est communément affirmé, les spécificités du régime de la subrogation personnelle au regard de la cession de créance se justifient autrement que par le paiement. En effet, c'est encore le caractère forcé de la subrogation, par opposition à la nature volontaire de la cession, qui fonde véritablement leur distinction.

Tout d'abord, l'absence de garantie quant à l'existence de la créance à la charge du subrogeant s'explique précisément par le fait que la volonté du créancier titulaire ne joue aucun rôle dans le transfert. Il n'est pas justifié d'imposer au créancier une telle obligation lorsqu'il n'a pas décidé du transfert. Le fondement de l'absence de garantie, contrairement à ce qui est soutenu par la doctrine classique⁶⁸⁸, ne réside donc pas dans le fait que la subrogation soit fondée sur le paiement, mais plutôt dans le fait que le transfert opéré soit la conséquence d'une disposition légale. Cela rappelle certainement ce qui a été mentionné précédemment à propos de l'inexistence ou de l'allègement des obligations de garantie pesant sur l'aliénateur dans les cas de transfert forcé de biens⁶⁸⁹.

Par ailleurs, le caractère forcé de la subrogation justifie les règles spéciales relatives à l'opposabilité du transfert à l'égard des tiers. En ce qui concerne la subrogation légale, la consécration d'une opposabilité immédiate n'est pas dénuée de sens. Le transfert étant un simple effet prévu par le législateur, les éventuels risques de fraude en raison d'une double mobilisation de la part du créancier

⁶⁸⁶ F. MOURLON, *Traité théorique et pratique des subrogations personnelles*, vol. I, Paris, 1848, p. 288, note 1 ; C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. IV, Durand et Hachette, Paris, 1872, n° 315, p. 262 ; J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Nouvelle éd. L. III, T. I, Sect. VI : « Le droit du créancier passe de sa personne à une autre qui entre en sa place (...) par l'effet de la loi, qui met à la place du créancier celui à qui par l'équité fait passer son droit » ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, t. III, Régime général, *op. cit.*, n° 75, p. 34. À propos de l'équité comme fondement de la subrogation en droit colombien: M. CASTRO DE CIFUENTES, « La subrogación, pago por un tercero », *Derecho de las obligaciones*, t. II, vol. 2, M. Castro De Cifuentes (dir.), *op. cit.*, n° 1, p. 87.

⁶⁸⁷ Il en serait de même dans l'hypothèse reconnue par le droit français de subrogation conventionnelle consentie par le débiteur. On voit bien que dans ce cas, le créancier ne peut pas s'opposer à l'opération réalisée par son débiteur. Il s'agirait, comme il est affirmé par une certaine frange de la doctrine française, d'une sorte d'expropriation : J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, *Les biens, les obligations*, *op. cit.*, n° 1252, p. 2485 : « Il faut mettre à part, en tout cas, pour son originalité, la subrogation qui opère comme cession forcée, sans la volonté du cédant (subrogation légale, subrogation dite conventionnelle par la volonté du débiteur) : elle apparaît comme un mécanisme d'expropriation des créances pour cause d'utilité publique ». Ainsi, il semble pertinent d'appréhender la subrogation *ex parte debitoris* comme un cas de subrogation légale, à l'instar du droit colombien.

⁶⁸⁸ J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, n° 612, p. 665 ; F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc. n° 98, p. 95. Certains auteurs justifient autrement cette absence de garantie : M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Les obligations*, 2^e part., *op. cit.*, n° 1246, p. 655 : « La cession oblige le cédant à garantir au moins l'existence de la créance. La subrogation ne fait naître aucune obligation semblable. Ce serait même là une objection contre l'analyse qui voit dans la subrogation un transfert de droits, puisque l'obligation de garantie caractérise normalement les contrats translatifs à titre onéreux. Mais l'absence de garantie dans la subrogation résulte moins d'une conception de principe sur sa nature que de l'existence d'un autre recours, assez analogue pratiquement, la répétition de l'indû, au cas d'inexistence de la créance ».

⁶⁸⁹ Voir *supra* n° 234.

ne sont pas à craindre. En ce qui concerne la subrogation conventionnelle *ex parte debitoris* du droit français, les règles d'opposabilité plus strictes se justifient précisément par la nécessité de protéger le créancier originaire du risque de fraude de la part de son débiteur⁶⁹⁰.

Enfin, si le principe jurisprudentiel du plafonnement subrogatoire au montant du paiement peut être admis en matière de subrogation légale⁶⁹¹, cela ne s'explique pas par son prétendu caractère bénévole. En réalité, un tel principe peut se justifier par la crainte de dépouiller injustement le créancier auquel le transfert a été imposé et la précaution d'assurer son désintéressement avant tout passage de ses droits et actions à un tiers. Le but de protection du créancier serait donc le véritable fondement d'un tel plafonnement⁶⁹².

246. Toutefois, la prise en compte du critère de la « *volonté* » plutôt que celui du « *paiement* » comme élément de distinction de la cession et de la subrogation paraît se heurter à un obstacle majeur ; celui de la consécration de la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris*. En effet, même si celle-ci opère un transfert volontaire de créance, à l'instar de la cession, la doctrine majoritaire, en France⁶⁹³ comme en Colombie⁶⁹⁴, distingue ces deux opérations en arguant que la subrogation, à la différence

⁶⁹⁰ Ces conditions strictes sont nécessaires seulement dans l'hypothèse de la subrogation *ex parte debitoris* sans concours du créancier. Rappelons que l'ordonnance du 10 février 2016 a consacré deux modalités de subrogation *ex parte debitoris* : celle avec le concours du créancier (art. 1346-2, al. 1^{er}) et celle sans concours du créancier (art. 1346-2, al. 2) : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n^{os} 998 et 999, p. 850-851.

⁶⁹¹ Le fondement dont se servait la jurisprudence pour affirmer un tel principe est l'ancien article 1252 du Code civil : Cass. civ., 30 octobre 1895, *Gaz. Pal.* 1895, 1, p. 570 ; Cass. civ., 31 janvier 1989, *Bull. civ.*, I, n^o 52.

⁶⁹² E. FRAUD, « La notion de transfert de créance », art. préc., n^o 90, p. 855 : « En effet, en matière de subrogation légale, qui joue de façon automatique, la crainte de dépouiller injustement le créancier et la précaution de s'assurer son désintéressement avant tout passage de ses droits et actions à un tiers permet de comprendre la limitation du transfert de créance au montant payé. La protection justifierait en quelque sorte le fondement du principe. Par contre, dans le cadre d'une subrogation *ex parte creditoris*, par nature facultative, ce principe doit être écarté, aucune argumentation juridique pertinente ne permettant de l'expliquer ».

⁶⁹³ A. DURANTON, *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, t. 12, Paris, 1831, n^o 122, p. 189 : « Il y a cette différence entre le cas du paiement avec subrogation et la vente de créance ou cession proprement dite, que dans la vente, bien que le prix ne soit pas ordinairement du montant de la créance vendue, parce que celui qui achète une créance, l'achète pour faire un bénéfice, néanmoins le débiteur n'en devra pas moins lui payer la somme totale de la dette » ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. 18, Bruxelles, Paris, 3^e éd., 1878, n^o 11, p. 23 : « Nous admettons avec Pothier que la subrogation est une cession fictive. Si la fiction était identique avec la réalité il en faudrait conclure que la subrogation produit les effets d'une cession de créance. Mais la conclusion pêche par sa base (...). Le paiement quoi que fait avec subrogation, est un vrai paiement, et telle est certainement la théorie du code, puisqu'il qualifie le fait juridique de paiement avec subrogation (...). Vainement dit-on que le tiers qui se fait subroger a encore un autre but, celui de succéder aux droits du créancier ; nous répondons que ce n'est pas là le but, c'est un moyen (...) la subrogation n'est pas pour le subrogé une spéculation, il ne veut pas acquérir la créance, il veut s'assurer son remboursement. Il en est autrement dans le transport d'une créance : c'est une vente et toute vente est une spéculation (...). Le but de l'acheteur est d'acquérir la créance, en tâchant d'obtenir le montant intégral de la créance, quoiqu'il l'ait achetée au-dessous de la valeur nominale : c'est en cela que consiste la spéculation. Ainsi, le cessionnaire n'entend pas du tout libérer le débiteur ; la cession a d'ordinaire pour effet d'aggraver sa condition, car le cessionnaire, achetant pour spéculer, se montrera plus sévère que le cédant ». Voir également en ce sens une partie de la doctrine contemporaine : F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n^o 1388, p. 1430-1431 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes, op. cit.*, n^o 370, p. 406 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, t. II, Les biens, les obligations, op. cit.*, n^o 1251, p. 2483 ; Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations, op. cit.*, n^o 857, p. 687.

⁶⁹⁴ A. TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones, El acto o negocio jurídico y otras fuentes de obligaciones, op. cit.*, n^o 301, p. 509 ; G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones, op. cit.*, n^o 462, p. 301. Il convient de souligner qu'ils'agit aussi de la position d'une partie importante de la doctrine chilienne : L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. XXII, *De las obligaciones*, part. III, *op. cit.*, n^o 1512 et s. ; H. D. VELASQUEZ GOMEZ, *Estudio sobre obligaciones, op. cit.*, n^o 631, p. 1121 ; M. CASTRO DE CIFUENTES, « La subrogación, pago por un tercero », art. préc., n^o 4, p. 96 : « La subrogation a toujours pour fondement un paiement alors qu'il n'en est pas ainsi dans le cas de la cession de créances, laquelle naît d'un accord de volontés entre le cédant

de la cession, a pour fondement un paiement. La récente réforme en droit français issue de l'ordonnance du 10 février 2016 viendrait conforter cette analyse classique, en maintenant les deux mécanismes ; l'un dans le domaine des « opérations sur obligations », l'autre dans le champ du « paiement »⁶⁹⁵.

247. Cependant, la consécration de la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* ne doit pas remettre en cause l'analyse que nous proposons à propos de la prise en compte de la volonté en tant que véritable critère de distinction entre la cession de créance et la subrogation. La raison de cette affirmation tient au fait que la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* est, en réalité, une cession de créance. C'est pourquoi il est possible d'affirmer que la volonté est non seulement le critère de distinction de la cession de créance, mais aussi et surtout un critère d'identification de celle-ci.

B- La volonté, critère d'identification de la cession de créance

248. On sait que la cession est un acte juridique ayant pour objet une créance, objet de propriété. Par ce procédé, un créancier, propriétaire d'une créance, décide de la transmettre volontairement à un tiers⁶⁹⁶. Pour sa part, la subrogation conventionnelle consentie par un créancier est généralement analysée en un transfert de créance volontairement accordée par celui-ci en raison du paiement qu'il reçoit d'un tiers.

249. Ainsi présentée, la distinction classiquement opérée entre ces deux mécanismes s'explique mal. La subrogation consentie par le créancier, à l'instar de la cession de créance, est en effet un acte de libre disposition d'un bien ; autrement dit, un acte volontaire par lequel le propriétaire ne fait qu'accomplir un acte de gestion de son patrimoine.

250. La doctrine affirme généralement que le fait que la subrogation soit fondée sur un paiement explique nombre d'effets particuliers ; par exemple, que le subrogé ne puisse bénéficier des intérêts conventionnels dans l'hypothèse d'une créance productrice d'intérêts : si le subrogé ne fait que payer, il ne peut recevoir plus que ce qu'il a effectivement payé⁶⁹⁷, à la différence d'un cessionnaire

et le cessionnaire et dans laquelle ni le mobile déterminant des parties ni les raisons (invoquées ou non par les parties) ont une quelconque importance juridique ».

⁶⁹⁵ Voir à propos de la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* le nouvel article 1346-1.

⁶⁹⁶ Voir *supra* n°233.

⁶⁹⁷ J. GHESTIN, « La transmission des obligations en droit positif français », in *La transmission des obligations*, travaux des IX^e journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations, art. préc., n° 61, p. 43 : « En dehors de quelques particularités, qui sont propres à la source de la subrogation, le fait que la transmission soit fondée sur un paiement entraîne trois différences essentielles avec la cession de créance (...). Au 19^e siècle, la doctrine a présenté cette limite comme la « pierre angulaire de l'institution, indissociable de ses fondements. Dès 1810, la jurisprudence, malgré l'absence de texte, avait d'ailleurs consacré ce principe auquel elle est toujours restée fidèle. Les lois contemporaines, qui énoncent, de nouveaux cas de subrogation légale, rappellent d'ailleurs le plus souvent cette limite ».

par exemple. Cette question a été débattue au sein de la doctrine française⁶⁹⁸ et la jurisprudence s'est prononcée contre la possibilité pour le subrogé d'invoquer à son profit la clause d'intérêts conventionnels stipulée entre le débiteur et le créancier⁶⁹⁹. Le nouvel article 1346-4, alinéa 2 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 est venu finalement consacrer cette solution⁷⁰⁰. Pareillement, la doctrine signale que le fait que la subrogation ait pour fondement un paiement justifierait la règle de la priorité du subrogeant sur le subrogé dans l'hypothèse d'un paiement partiel⁷⁰¹, ainsi que la nécessité que la subrogation ait lieu en même temps que le paiement⁷⁰². M. Julienne défend la distinction entre les deux opérations mais propose de restreindre la subrogation, par exemple aux seules créances venues à échéance. L'argument avancé consiste à noter que l'on ne peut véritablement payer, à l'insu du débiteur, une créance dont il ne doit le paiement qu'à terme⁷⁰³. Par ailleurs, cet auteur affirme que le maintien de la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* se justifie car elle conserve une utilité dans les cas où la cession est prohibée, notamment dans l'hypothèse de l'interdiction pour certaines personnes d'acquérir les biens dont elles ont l'administration⁷⁰⁴.

251. Mais aucun des arguments cités n'apporte une explication satisfaisante pour justifier la distinction entre la cession de créance et la subrogation *ex parte creditoris*. Comme le reconnaissent certains auteurs, les raisons invoquées en faveur de la différenciation de ces deux opérations se

⁶⁹⁸ M. GRIMALDI, « Les intérêts d'un prêt substitutif », in *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007. Voir égal. M. GRIMALDI et E. FREMEAUX, « La garantie hypothécaire des intérêts dus au créancier subrogé », *Defrénois*, 2011, n° 10, p. 959 : « Depuis le revirement de 2002, le créancier subrogé ne peut, selon la Cour de cassation, prétendre qu'aux seuls intérêts légaux : motifs pris que la subrogation ne lui transfère la créance que dans la mesure de son paiement, il ne peut prétendre à des intérêts qu'il n'a pas payés. D'où il suit que, sauf le cas où ils courent de plein droit en vertu d'une disposition légale (comme en matière de cautionnement-C.civ., art. 2033), les intérêts ne lui sont dus qu'à compter du jour de la mise en demeure du débiteur, conformément à l'article 1153 ; et qu'ils sont dus au taux légal, et non au taux conventionnel originaire ».

⁶⁹⁹ Cass. civ. 1^{re}, 15 févr. 2005, n° 03-11141, *Defrénois* 2005, art. 38207, obs. R. Libchaber.

⁷⁰⁰ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 1002, p. 854.

⁷⁰¹ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article, op. cit.*, art. 1346-3, p. 757 : « L'institution de cette préférence peut être fondée sur l'intention implicite du créancier, lequel n'est pas censé subroger contre lui, c'est-à-dire dans des conditions contraires à ses intérêts : nemo contra se subrogas secensetur. Mais, en réalité, la solution dépasse les cas dans lesquels le créancier est invité à donner son accord. Elle vaut pour toutes subrogations et repose fondamentalement sur l'idée que le créancier ne doit pas se trouver placé, en cas de paiement partiel par un tiers subrogé, dans une situation différente de celle dans laquelle il aurait été si le paiement partiel avait été l'œuvre du débiteur lui-même ».

⁷⁰² En cas contraire, il faudrait admettre qu'il y aurait une extinction de la créance : Cass. civ. 1^{re}, 28 mai 2008, n° 07-13.437, *Bull. civ. I*, n° 160. Voir également en faveur de cette solution : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 996, p. 848-849.

⁷⁰³ M. JULIENNE, *Le nantissement de créance, op.cit.*, n° 67, p. 50 et s.

⁷⁰⁴ L'auteur se réfère à l'hypothèse de l'article 1596 du Code civil relative à l'interdiction à l'égard de certaines personnes pour acheter certains biens (plus précisément, il s'agit de l'interdiction frappant les personnes chargées des intérêts d'autrui : M. JULIENNE, *Le nantissement de créance, op. cit.*, n° 70, p. 52, note 4. Voir dans le même sens : *Répertoire de législation, doctrine et jurisprudence*, V° « obligations », n° 1825, p. 401 : « De ces deux points fondamentaux on a déduit entre la subrogation et la cession les différences suivantes : 1° relativement aux personnes qui peuvent subroger ou céder, ou être subrogées ou cessionnaires. Telle personne qui n'a pas capacité pour vendre une créance peut néanmoins, lorsqu'elle est capable de recevoir le paiement et d'en donner quittance, subroger le tiers qui le paye à ses droits (...). Ainsi le tuteur ne peut être cessionnaire d'une créance contre son pupille, mais il peut obtenir subrogation aux droits de son créancier » (nous soulignons).

rapprochent davantage d'une description que d'une véritable justification⁷⁰⁵. En outre, même en admettant les différences mentionnées, elles ne sont pas aussi absolues que l'on pourrait le penser.

Tout d'abord, on peut relever que la jurisprudence française opère des assouplissements en ce qui concerne l'exigence de simultanéité entre la subrogation et le moment effectif du paiement. Elle accepte, par exemple, que la subrogation puisse avoir lieu exceptionnellement avant le paiement, en reconnaissant l'efficacité d'une promesse de subrogation⁷⁰⁶. De même, elle n'est pas totalement réticente à l'admission exceptionnelle d'une subrogation postérieure au paiement⁷⁰⁷. Par ailleurs, la possibilité de réaliser la subrogation même avant le paiement a été expressément reconnue par les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 et est aujourd'hui prévue dans un nouvel article 1346-1, alinéa 3 du Code civil français.

Quant à la limite de la subrogation en fonction du paiement effectivement réalisé, la pratique a trouvé plusieurs moyens de la contourner. Par exemple, en matière d'affacturage, l'affactureur se fait payer un montant à titre de commission, ce qui lui permet finalement de récupérer le montant total de la créance bien qu'il n'ait payé qu'une partie de celle-ci⁷⁰⁸.

De même, si la préférence du subrogeant en cas de paiement partiel est expressément reconnue par le législateur, il convient de rappeler qu'il s'agit d'une disposition dont la jurisprudence

⁷⁰⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op.cit.*, n° 412, p. 401 : « Il est bien vrai que la subrogation légale n'est inspirée d'un esprit de spéculation ni de la part du subrogé, ni de la part du subrogeant. Mais la subrogation conventionnelle, sous ses deux formes ; peut l'être de la part du subrogé, pour qui elle peut constituer un placement. La subrogation consentie par le créancier peut l'être, en outre, de la part du subrogeant. En réalité, les deux mécanismes sont séparés par des différences qui tiennent à une évolution historique différente, plus qu'elles ne sont imposées par la logique. Celle-ci aurait plutôt commandé d'unifier cession de créance et subrogation consentie par le créancier, en ne maintenant un régime distinct que pour les deux autres variétés de subrogation » (nous soulignons). Voir dans le même sens : F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Cours de droit civil, Obligations, Régime*, *op. cit.*, n° 151, p. 271.

⁷⁰⁶ Certains arrêts reconnaissent que la condition de concomitance posée par l'ancien article 1250, n° 1 pouvait être remplie lorsque le subrogeant avait manifesté expressément, fût ce dans un document antérieur, la volonté de subroger son cocontractant à l'instant même du paiement : Cass. com. 29 janvier 1991, *Bull. civ. IV*, n° 48, *RTD civ.* 1991, 531, obs. J. Mestre ; Cass. civ. 1^{re}, 9 déc. 1997, *Bull. civ. I*, n° 355, *Deffrénois* 1998. 341, obs. Ph. Delebecque. Cass.com., 29 janvier. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 48 ; D. 1991, IR, 53 ; *RTD civ.* 1991. 531, obs. J. Mestre : « La condition de concomitance de la subrogation au paiement, exigée par l'article 1250, 1°, peut être remplie lorsque le subrogeant a manifesté expressément, fût –ce dans un document antérieur, sa volonté de subroger son contractant dans ses créances à l'instant même du paiement ».

⁷⁰⁷ Dans les cas de paiements successifs d'une créance globale, la Cour de cassation a admis que la subrogation pouvait intervenir lors du règlement du solde : Cass. civ. 1^e, 27 nov. 1985, *Bull. civ. I*, n° 326 ; *RTD civ.* 1986. 752, obs. J. Mestre : « Dès lors que les divers règlements faits pour le compte de l'assureur aux entrepreneurs pour le compte de la Chambre de commerce, l'avaient été, non au titre de créances distinctes, mais d'une créance globale ne pouvant être estimée et déterminée qu'à l'achèvement des travaux, la cour d'appel en a justement déduit que la subrogation avait eu lieu valablement, bien qu'elle soit intervenue non à l'occasion de chacun des règlements partiels, mais lors du règlement du solde » ; J. GHESTIN, « La transmission des obligations en droit positif français », *La transmission des obligations*, travaux des IX^e journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations, art. préc., n° 50, p. 37 : « La jurisprudence admet toutefois que le versement des deniers ait précédé l'établissement de cette quittance, lorsqu'il n'a constitué dans l'intention des parties qu'un paiement provisoire, total ou partiel, effectué sous la réserve d'une quittance subrogative à remettre au moment où ce versement produira son effet définitif et libératoire ».

⁷⁰⁸ F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 3, p. 12-13 : « L'affactureur ne pourrait pas se rémunérer du crédit consenti à son client en lui versant une somme inférieure à la valeur nominale de la créance transmise. La pratique a néanmoins remédié à cet inconvénient. L'affactureur s'acquitte du montant total de la créance mais impute immédiatement une commission. Ainsi, il est subrogé dans la totalité de la créance en ne décaissant qu'une partie de son montant » ; Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, *op. cit.*, n° 579, p. 376 ; M. DE JUGLART et B. IPPOLITO, *Traité de droit commercial*, t. VII, *Banques et bourse*, 3^e éd., par L. Martin, 1991, n° 294 ; J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, *op. cit.*, n° 585.

limite l'application aux seules créances privilégiées⁷⁰⁹ et cette disposition n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent stipuler une clause contraire⁷¹⁰.

Enfin, l'argument tiré de la nécessité de maintenir la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* en raison de son utilité dans les hypothèses où une cession de créance est interdite, notamment dans le cas de la prohibition pour certaines personnes d'acquérir les biens dont elles ont l'administration⁷¹¹, ne nous paraît pas convaincant. Ne faudrait-il pas plutôt se demander si le fait de permettre la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* dans une telle hypothèse ne se traduit pas par un contournement de l'interdiction ? Comme certains auteurs le soulignent, le fait que cette opération comporte un paiement autoriserait plutôt son analyse en tant que cession de créance à titre de vente⁷¹².

Dès lors, la pertinence de la consécration de la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* à côté de la cession de créance doit être remise en cause. En outre, une partie de la doctrine française⁷¹³ et colombienne⁷¹⁴ se montre favorable à une telle assimilation. Quelles raisons pourraient donc

⁷⁰⁹ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n°1001, p. 853 qui affirment qu'une telle règle peine à trouver un fondement rationnel convaincant et que cela pourrait expliquer la limitation reconnue par la jurisprudence. Voir également : O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, art. 1346-3, p. 757.

⁷¹⁰ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *ibidem* ; O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *ibidem*.

⁷¹¹ Voir en ce sens l'article 1596 du Code civil.

⁷¹² Une réponse positive s'impose si on considère que la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* est, en réalité, la vente d'une créance. Voir en faveur de l'analyse de la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* en une vente : F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Cours de droit civil, Obligations, Régime, op. cit.*, n° 151, p. 271 : « La subrogation dans sa créance consentie par le créancier est une technique qui permet, comme la cession de créance, au créancier de monnayer son droit avant l'échéance (...) Elle constitue, en réalité, une cession de créance. Au demeurant, son régime ressemble beaucoup à celui de la cession de créance. Plus précisément, la circonstance qu'elle comporte nécessairement un paiement autorise à y voir une vente de créance : le tiers solvens ne paye pas tant la dette que le prix de son acquisition » ; C. FERRIERE, *Corps et compilations de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris*, t. II, Paris, Chez Michel Guignard, 1714, Titre V, Des actions personnels et d'hypothèques, §4. De la subrogation conventionnelle, art. 108, p. 149 : « Il y a deux sortes de subrogations ; l'une conventionnelle, l'autre légale. La conventionnelle est un contrat par lequel le créancier transfère la créance avec tous ses accessoires au profit d'une tierce personne. Cette subrogation est un véritable contrat de vente d'une dette & de toutes les actions personnelles & hypothécaires qui en dépendent. Elle le fait par une convention faite entre le créancier & celui qui lui fait le paiement de la dette, auquel le créancier transfère tous ses droits, sans la convention du débiteur. Cette subrogation est appelée du non de cession, dont il est fait mention dans la Loy Modestinus. De Solutionibus & par cette cession le nouveau créancier entre en tous les droits, sans la convention du débiteur ».

⁷¹³ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation, op.cit.*, n° 412, p. 401 ; A. CONSTANTIN, *Transfert des créances en droit français et en droit anglais*, thèse Lyon, 2007, p. 187, n° 127 : « Certaines techniques juridiques comme c'est le cas de la subrogation conventionnelle et la cession de créances en droit français, remplissent essentiellement de fonctions identiques, mais en même temps leur régime juridique est bien distinct. La coexistence de techniques qui remplissent de fonctions identiques cache souvent la nécessité de réformer des législations défectueuses » ; A. BENABENT, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 696, p.539-540 qui regrette que la réforme de 2016 n'ait pas réuni les deux mécanismes. Il souligne que les deux techniques ont des éléments en commun et des points divergents sans véritable explication rationnelle.

⁷¹⁴ F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes, op.cit.*, n° 309, p. 417 : « Malgré l'article 1667 C.C. en ce sens que la subrogation peut avoir lieu soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une convention avec le créancier, le transfert des droits de celui-ci à celui-là par subrogation opère nécessairement et exclusivement par ministère de la loi ou *ope legis*. La subrogation est un transfert de la créance par disposition directe de la loi ; par conséquent, lorsqu'intervient l'autonomie privée ce qu'il s'opère est une cession de créance, et cette convention, même si elle a pour fondement un paiement ou fasse référence à celui-ci, est soumise aux règles de la cession de créance, tantôt celles de réalisation, tantôt celles des effets, autrement dit, les règles de la subrogation ne doivent pas être appliquées » ; J.CUBIDES CAMACHO, « Transmisión de las obligaciones », art. préc., p. 248 : « L'article 1667 dispose que « se subroge un tiers dans les droits du créancier, soit en vertu de la loi, soit en raison d'une convention avec le créancier ». Dans ce chapitre on fera référence seulement à la subrogation en vertu de la loi. Le Code, lui-même, signale dans son article 1669 que la subrogation en vertu d'une convention du créancier est soumise aux règles de la cession des droits et, par conséquent, constitue ce qu'on dénomme le transfert volontaire ou cession à proprement parler » ; A. PEREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, vol. 3, part. II, *Clasificación, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones*, obra revisada y actualizada por Alberto

expliquer une cohabitation des deux procédés ? Afin de répondre à cette interrogation, nous aurons l'occasion de révéler la consécration accidentelle de la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* et, par conséquent, le caractère inopportun de son maintien à côté de la cession de créance.

252. Malgré l'insuffisance de sources sur cette question, il est vraisemblable que la consécration de cette forme de subrogation ait obéi à une évolution asymétrique de la subrogation personnelle dans l'ensemble du territoire français sous l'empire de l'Ancien droit. Il convient en effet de rappeler que la consécration de la subrogation personnelle a été le fruit de la redécouverte du *Digeste* par les Glossateurs au Moyen Âge, mais qu'elle s'est développée différemment dans les pays de droit écrit et dans les pays de coutume.

Dans les premiers, par exemple, bien que le créancier payé par le fidéjusseur eût été obligé de lui céder ses droits et actions, l'article 81 de la Coutume de Toulouse prévoyait, d'une façon générale, l'exigence d'un acte public. La cession d'action n'opérait donc que par convention conclue au moment du paiement. Une telle exigence a été maintenue par la jurisprudence jusqu'à la fin de l'Ancien Régime.

En revanche, dans les pays de coutume, une solution plus favorable à l'auteur du paiement prévalait dès le XVI^e siècle. L'article 194 de la Coutume de Bretagne de 1539 admettait ainsi que la caution qui avait payé plus que sa part disposait d'un recours de plein droit contre ses coobligés sans avoir besoin d'une cession expresse d'action⁷¹⁵.

Dumoulin étendit cette solution novatrice à l'hypothèse du recours de la caution contre le débiteur principal afin d'améliorer le sort de la caution dans les cas où elle avait omis de se faire céder les actions par le créancier désintéressé. Il profita de la confusion instaurée par les Bartolistes entre le bénéfice de cession d'action⁷¹⁶ et la *successio in locum*⁷¹⁷ pour affirmer le principe d'une cession *ipso iure* en faveur de la caution⁷¹⁸. En effet, rappelons que la *successio in locum* opérait de plein droit⁷¹⁹, alors que

Tamayo Lombana, *op. cit.*, n° 485, p. 308 : « Mais la subrogation volontaire, entre nous, équivaut à une cession de créances solennelle (art. 1669) ».

⁷¹⁵ J. MESTRE, *La subrogation personnelle, op.cit.*, n° 17, p. 26.

⁷¹⁶ Le bénéfice de cession d'actions permettait à la caution « *solvens* » d'exiger du créancier qu'il lui cède sa propre action contre le débiteur avec les garanties accessoires qu'elle pouvait comporter. Elle apparaissait d'un grand secours pour le fidéjusseur qui devait pouvoir faire supporter effectivement au débiteur la charge définitive de la dette : J. MESTRE, *La subrogation personnelle, op.cit.*, n° 14, p. 23.

⁷¹⁷ La *successio in locum* jouait notamment en faveur du créancier hypothécaire qui en désintéressait un autre pour prendre sa place. Dans cette hypothèse l'auteur du paiement ne succédait pas à tous les droits et actions du créancier. Il se voyait uniquement reconnaître le droit de lui succéder à l'hypothèque : J. MESTRE, *La subrogation personnelle, op.cit.*, n° 15, p. 24.

⁷¹⁸ Dans sa première leçon prononcée à Dôle, Dumoulin combine la cession d'actions et la *successio in locum* et il en déduit que la subrogation joue de plein droit, même lorsque le *solvens* ne la requiert pas car le créancier ne peut jamais refuser la transmission de ses droits : Voir en ce sens : J. MESTRE, *La subrogation personnelle, op.cit.*, n° 17, p. 26.

⁷¹⁹ J. MESTRE, *La subrogation conventionnelle, op.cit.*, n° 17, p. 25. Sur la confusion entre le bénéfice de cession d'actions et la *successio in locum*, voir J. BRISSAUD, *Manuel d'Histoire du droit privé*, Paris, 1907, p. 486-487. Cependant, il convient de souligner que les glossateurs ont pu considérer que même dans les hypothèses de la *successio in locum*, était nécessaire une convention

le bénéficiaire de la cession d'action devait être requis par le *solvens*, même si le créancier désintéressé était contraint de l'accorder⁷²⁰.

Cependant, certains auteurs comme Pothier⁷²¹ ou Renusson⁷²² ont contesté le principe d'un transfert *ipso iure* du bénéfice d'une cession d'action en faveur de la caution et à l'encontre du créancier désintéressé. Ils ont ainsi pu affirmer qu'une demande était toujours nécessaire pour bénéficier de la subrogation.

253. Ainsi, même si le trait caractéristique de la subrogation dans l'Ancien droit français était de constituer un transfert forcé de la créance, autrement dit, un transfert imposé au créancier⁷²³, des doutes persistaient autour des conditions précises de sa mise en œuvre. Alors que certains affirment que la subrogation devait être requise par le *solvens* et constatée par une convention, indépendamment de l'impossibilité pour le créancier désintéressé de s'y opposer⁷²⁴, d'autres considèrent qu'il suffisait que la subrogation ait été établie par la quittance pour qu'elle s'opère de plein droit, sans besoin d'être requise par le subrogé⁷²⁵.

Ce faisant, il est probable que cette discussion concernant la nécessité d'une convention entre le *solvens* et l'*accipiens*, indépendamment de l'exigence de réquisition du subrogé, ait créé un terrain propice à la consécration de la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* à côté de celle effectuée par disposition légale.

254. D'autre part, l'ambivalence du terme « *subrogation* », entendu tantôt comme une cession forcée de créance, tantôt comme la substitution d'une personne dans un lien d'obligation, aurait pu contribuer à la consécration de la subrogation consentie par le créancier⁷²⁶. Rappelons que dans l'Ancien droit, les notaires utilisaient indifféremment les termes de « *subrogation conventionnelle* » et de

expresse : F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 45, p. 48 ; P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du Droit privé*, t. I, *Les obligations*, op.cit., n° 221, p. 242.

⁷²⁰ Les jurisconsultes romains ont considéré que le créancier commettait un dol s'il refusait de céder une action dont il n'avait plus besoin et qui était utile à la caution. Celle-ci pouvait donc, à l'aide d'une exception de dol que le prêteur insérait dans la formule, repousser la demande du créancier qui lui réclamait le paiement, mais lui refusait le transfert de la créance : J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, op.cit., n° 14, p. 23.

⁷²¹ *Traité des obligations*, part. II, chap. 3, n° 280 (Œuvres de POTHIER, édit. Par M. DUPIN, Paris 1824-1825).

⁷²² Ph. RENUSSON, *Traité de la subrogation*, op. cit., chap. VII, nos 67-68 et chap. IX, nos 7-9.

⁷²³ F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 45, p. 47-48 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1372, p. 1417 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, op. cit., n° 365, p. 397. En droit colombien : J. CUBIDES CAMACHO, *Obligaciones*, op. cit., p. 246 ; F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitude*, op.cit., n° 462, p. 301 ; A. TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones, El acto o negocio jurídico y otras fuentes de obligaciones*, op. cit., n° 300, p. 506.

⁷²⁴ C'est le cas pour toutes les hypothèses de *successio in locum*, puisque telle était déjà la solution en droit romain. Mais c'est aussi le cas lorsque la dette personnelle de l'un des conjoints a été réglée par la communauté. La subrogation bénéficie également de plein droit à celui qui paie la lettre de change tirée sur autrui.

⁷²⁵ F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 45, p. 48.

⁷²⁶ F. LEPLAT, *ibidem*, n° 46, p. 49-50.

« *cession* ». Parfois même, ils les utilisaient cumulativement⁷²⁷. Le but était de renforcer la protection de leurs clients à travers l'usage de multiples qualifications des actes⁷²⁸.

La doctrine n'a pas non plus échappé à une compréhension équivoque du terme « *subrogation* ». Par exemple, Domat traite de la subrogation parmi les hypothèques et privilèges en rappelant que la manière la plus simple de subroger, qui fait toujours passer les droits du créancier à celui qui est subrogé, est le transport qu'en fait le créancier⁷²⁹.

255. En outre, le fait que certains auteurs de l'Ancien droit ignorent l'existence de la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* semble conforter l'idée du caractère accidentel de sa consécration. En effet, si Domat⁷³⁰, Pothier⁷³¹ et Renusson y font référence, d'autres comme Dumoulin ou Loyseau paraissent l'ignorer⁷³². De plus, même parmi ceux qui la mentionnent, on peut déceler quelques incertitudes à propos de sa véritable nature juridique. Par exemple, Renusson considère qu'il s'agit d'une cession de créance⁷³³, alors que d'autres auteurs insistent sur ses particularités en tant que transfert fondé sur un paiement⁷³⁴. Cette dernière approche pourrait s'expliquer par le prétendu caractère essentiellement spéculatif de la cession, à l'origine d'une méfiance généralisée à son égard⁷³⁵.

⁷²⁷ C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 6^e éd., t. IV par J.-B. Duvergier, Cotillon, Renouard, Paris, n° 119, p. 103 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 463 : « Cette opération (la subrogation consentie par le créancier) apparaît comme très simple théoriquement. Mais pourquoi admettre cette subrogation à côté de la cession de créance, comme opération distincte ? Le droit romain s'était tenu à la procuratio in rem suam et au système des actions utiles. La subrogation paraît s'être introduite dans l'ancien droit par la pratique notariale. Les cessions de créance portaient que le solvens était subrogé aux droits du créancier. Le mot fit illusion : on fit de ce cas de cession conventionnelle un cas de subrogation ».

⁷²⁸ J.-B. DUVERGIER, *Droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. XIV, *Continuation de l'ouvrage de Toullier*, *ibidem*.

⁷²⁹ J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, t. II, Chez Jean Baptiste Coignard, Paris, 1691, Livre III, Titre I, Section VI, p. 227.

⁷³⁰ J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, t. II, *ibidem*.

⁷³¹ Coutume d'Orléans, in *Œuvres de Pothier* par Dupin, t. XIX, Paris, 1835, § 66, p. 645.

⁷³² F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 46, p. 49 ; P.-V. BEAUREGARD, *Du paiement avec subrogation, ses origines en droit romain, sa nature et ses effets en droit français*, thèse Paris, 1876, p. 167 : « Se demander si la subrogation consentie librement par le créancier à un étranger diffère de la cession d'actions, c'est mettre en question l'existence même de cette cause de subrogation. Nous ne pensons pas que cette cause de subrogation ait été admise du temps de Dumoulin et de Loyseau, nous n'en avons trouvé aucune mention dans leurs ouvrages et de plus la subrogation forcée ne diffère guère, à leur avis, de la cession ordinaire qu'en ce qu'elle était forcée, or, s'ils reconnaissaient à cette subrogation presque tous les effets de la cession, il devait en être, par a fortiori, de même quand elle était consentie librement par le créancier. Mais, dès cette époque, il s'opéra dans les mots, une confusion qui dut plus tard aider puissamment à l'établissement d'une distinction marquée entre la subrogation consentie par le créancier et la cession ordinaire ».

⁷³³ Ph. RENUSSON, *Traité de la subrogation*, op. cit., Chap. X, n° 23 où l'auteur distingue entre la subrogation et la subrogation consentie par le créancier. Il précise que dans ce dernier cas, il ne s'agit pas d'une simple subrogation et une cession d'actions qui s'est faite malgré le créancier, mais, au contraire, le créancier lui seul a réalisé la subrogation, qui a négocié et traité sa dette.

⁷³⁴ A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. XII, Paris, Alex-Gobelet, Librairie, 1832, n° 122 ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IV, 6^e éd., par E. Bartin, Marchal et Billard, Paris, § 321, p. 269-272 ; F. MOURLON, *Traité théorique et pratique des subrogations personnelles*, vol. I, op. cit., p. 26 ; L. LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations*, t. IV, A. Durand et Pedone- Lauriel, 1885, n° 29, p. 223 : « La cession, quel qu'en soit le prix, transporte au cessionnaire la créance cédée toute entière. Il s'agit, en effet, d'une vente. La subrogation, au contraire, ne substitue le subrogé à l'ancien créancier, que jusqu'à concurrence de ce qu'il a payé (...) C'est que la subrogation étant fondée sur un paiement, doit y correspondre. Ce paiement lui sert donc de mesure ».

⁷³⁵ F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 60, p. 63.

256. Par ailleurs, la lecture des travaux préparatoires du Code civil de Bello, lequel a inspiré le législateur colombien, témoigne aussi de doutes quant à la nature juridique de la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* et surtout de la difficulté de la distinguer de la cession de créance⁷³⁶. Plus encore, Bello a de fait hésité à appréhender la cession de créance à titre gratuit comme étant une hypothèse de subrogation conventionnelle *ex parte creditoris*⁷³⁷.

257. Si la consécration de la subrogation conventionnelle consentie par le créancier a été le résultat des contingences signalées, son maintien en tant que mécanisme autonome et différent de la cession de créance n'est donc pas vraiment justifié⁷³⁸. En effet, dans ces deux hypothèses, on est en présence d'un acte de libre disposition d'un bien de la part de son propriétaire. Le terme « subrogation » ne peut donc désigner rien d'autre que le transfert imposé par la loi au créancier⁷³⁹.

258. Malgré les apparences, on peut donc identifier, tant en droit français qu'en droit colombien, d'importants signes qui révèlent le mal-fondé de la distinction entre cession de créance et subrogation conventionnelle *ex parte creditoris*⁷⁴⁰.

En droit français, par exemple, la jurisprudence, avait à une époque établi une exigence de garantie de l'existence de la créance à la charge du subrogeant et en faveur du subrogé, à l'instar de celle existant en matière de cession de créance⁷⁴¹.

⁷³⁶ Le Projet de Code civil de Bello de 1842 disposait à l'article 37, relatif à la subrogation, que « *Le créancier peut céder ses actions à un tiers à n'importe quel titre, même s'il n'intervient ni un paiement effectif, ni consentement du débiteur* ». De même, les projets des années 1847 et 1853 disposaient, respectivement aux articles 143 et 1797, que « *Le créancier peut céder ses actions à un tiers, à n'importe quel titre, même sans le consentement du débiteur* » : Andres Bello XIII Código civil de la República de Chile, III, Caracas, Venezuela, 1955, Ministerio de Educación, Comisión Editora de las Obras completas de Andrés Bello, Biblioteca Nacional.

⁷³⁷ En effet, l'article 40 du Projet de 1842 disposait : « *La subrogation a lieu en vertu d'une convention : 1° Quand le créancier, en recevant d'un tiers le paiement de la dette, ou en la cédant gratuitement, le subroge dans tous les droits et actions qu'il a en tant que créancier : la subrogation n'a pas besoin, dans un tel cas, du consentement du débiteur, et doit être expresse, et être faite en même temps que le paiement* » : Andrés Bello XIII Código civil de la República de Chile, III, Caracas, Venezuela, 1955, Ministerio de Educación, Comisión Editora de las Obras completas de Andrés Bello, Biblioteca Nacional.

⁷³⁸ Voir en ce sens et plus précisément à propos de la justification à l'abandon de cette distinction dans l'avant-projet de l'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats :

<http://www.unidroit.org/french/legalcooperation/OHADA%20explanatory%20note-f.pdf>, note explicative à l'avant projet par Marcel FONTAINE, n° 54, pp. 25 et 26.

⁷³⁹ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1372, p. 1417 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes, op. cit.*, n° 365, p. 397. En droit colombien : J. CUBIDES CAMACHO, *Obligaciones, op. cit.*, p. 246 ; F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones, t. I. Concepto, estructura, vicisitudes, op. cit.*, n° 294, p. 403 et s ; A. TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones, El acto o negocio jurídico y otras fuentes de obligaciones, op. cit.*, n° 300, p. 506.

⁷⁴⁰ Il est intéressant de souligner que dans la réponse à une consultation récente de la Surintendance des sociétés colombienne, cet organisme a eu l'occasion de mettre en relief le caractère d'actes de disposition de ces deux opérations en affirmant que tant la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* que la cession de créance sont des actes permettant la négociabilité des créances : V. Concepto 220-020507, 2 avril 2012, à propos d'une consultation sur la viabilité ou non de céder une créance salariale dans le cadre d'une procédure de redressement : <http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptos-juridicos/Paginas/ConceptosJuridicos.aspx>.

⁷⁴¹ Cass. civ. 4 février 1846, DP. 1847, I. 49. En faveur de la consécration d'une telle garantie dans le cas de la subrogation conventionnelle consentie par le créancier : F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Cours de droit civil, Obligations, Régime, op. cit.*, n° 153, p. 273 : « *Reste à savoir si le subrogeant est, tel le cédant, tenu à garantie en cas d'inexistence de la créance. La jurisprudence répond par la négative, probablement parce qu'elle ne perçoit pas les liens existant entre cette forme de subrogation et la cession de créance, alors que la*

Quant au droit colombien, le législateur a soumis la subrogation conventionnelle consentie par le créancier aux conditions d'opposabilité de la cession de créance⁷⁴², ce qui peut expliquer que les autorités administratives colombiennes aient du mal à distinguer entre les deux mécanismes⁷⁴³. De même, cette circonstance explique que pour l'opération d'affacturage en droit colombien, les praticiens se servent du mécanisme de la cession de créance, à la différence du droit français qui emploie la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris*⁷⁴⁴.

Ce phénomène conforte l'idée selon laquelle, si la subrogation *ex parte creditoris* constitue le mécanisme de base pour les opérations d'affacturage en droit français, l'une des raisons principales réside dans la souplesse des conditions d'opposabilité de la subrogation en comparaison de celles de la cession de créance⁷⁴⁵ avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016. Comme nous le verrons, les rédacteurs de la réforme du droit des obligations ont en effet assoupli les formalités d'opposabilité de la cession aux tiers⁷⁴⁶, ce qui pourrait attirer l'attention des praticiens qui seraient dès lors plus enclins à recourir à la cession pour l'accomplissement de l'affacturage.

subrogation implique une garantie comme toute aliénation. La lettre du code lui fait apparaître la subrogation comme une modalité de paiement, ce qui marginalise son effet translatif. Le résultat est critiquable, car cette interprétation autorise à aliéner un bien sans avoir à répondre de son inexistence ». De même, l'article 173 (2) du Code suisse des obligations prévoit expressément que « Lorsque la cession a lieu en vertu de la loi, le précédent créancier n'est garant ni de l'existence de la créance, ni de la solvabilité du débiteur ».

⁷⁴² Cette disposition prévoit que la subrogation conventionnelle (consentie par le créancier dans la mesure où c'est la seule qui connaît le droit colombien) sera soumise aux règles de la cession de créance.

⁷⁴³ Superintendencia de sociedades, Auto n° 2014-01-472053 del 20 /10/2014: <http://superwas.supersociedades.gov.co/virtuales/documento?rad=2014-01-472053>. La lecture de la décision adoptée met en évidence que cette autorité administrative utilise les expressions « cession de créances » et « subrogation consentie par le créancier » comme étant des synonymes.

⁷⁴⁴ M.-E. CAMACHO LOPEZ, « Problemáticas jurídicas del contrato de factoring asociadas a su construcción dogmática a partir de la figura de la cesión de créditos (con particular atención a la experiencia italiana) », *Revist@ e-mercatoria*, vol. 10, n° 1, janvier-juin 2011 : L'auteur considère que si en droit colombien on se sert de la cession de créance pour l'opération d'affacturage, au lieu d'utiliser la subrogation *ex parte creditoris*, la raison en serait qu'il existe une sorte de tempérament quant à l'exigence de la notification de la cession en matière d'affacturage. Cependant, on considère que la véritable explication réside dans le fait que la subrogation *ex parte creditoris* est soumise, en droit colombien, aux mêmes conditions d'opposabilité que la cession de créance. De la sorte, on ne voit pas l'intérêt des praticiens à avoir recours à un mécanisme plutôt qu'à l'autre par rapport aux conditions d'opposabilité de l'opération. D'ailleurs, il faut souligner que c'est à partir de la loi 1231 de 2008 que la pratique du factoring est devenue populaire en droit colombien pour les petites et les moyennes entreprises. De même, cette opération est encadrée par le Décret 2669 du 21 décembre 2012. Pour une étude approfondie à propos de la nature juridique du factoring et de son évolution en droit colombien : R. GOMEZ CEBALLOS, *Contrato de factoring, op. cit.* où l'auteur précise que le contrat de factoring n'engendre pas lui-même le transfert des créances. Le contrat de factoring ne serait que l'accord de volontés faisant naître l'obligation de céder ou de transférer les créances. Cela serait, selon l'auteur, conforme au droit colombien qui distingue entre les titres et les modes de transfert. Le contrat de factoring serait alors le titre ou la cause de transfert et la cession des créances serait le mode ou tradition des créances (spéc. p. 15).

⁷⁴⁵ F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 273, p. 220 et plus spécialement n° 3, p. 12 où l'auteur précise que « En pratique, le rapprochement entre la cession, la négociation et la subrogation se constate également. Le choix du mode de transmission dépend moins de sa nature ou de ses effets caractéristiques que d'un bilan coût-avantage. L'affacturage offre un exemple où la subrogation se substitue une cession. L'affacturage réalise une opération de crédit lorsqu'un client transmet ses créances à terme à son affactureur, en contrepartie d'un paiement immédiat. À cette fin, l'affactureur utilise la subrogation, alors que cette transmission d'une créance en contrepartie de l'obligation d'en payer le prix caractérise normalement la cession de créance. La subrogation s'avère cependant plus avantageuse. L'opposabilité de la transmission aux tiers ne requiert pas l'accomplissement des formalités onéreuses de la cession de créance régie par le Code civil. Cependant, la subrogation présente l'inconvénient de limiter l'ampleur de la transmission au montant du paiement effectué par le subrogé. L'affactureur ne pourrait pas se rémunérer du crédit consenti son client en lui versant une somme inférieure à la valeur nominale de la créance transmise. La pratique a néanmoins remédié à cet inconvénient. L'affactureur s'acquitte du montant total de la créance mais impute immédiatement une commission. Ainsi, il est subrogé dans la totalité de la créance en ne décaissant qu'une partie de son montant ».

⁷⁴⁶ V. *infra* n° 651, 809.

259. Certes, le fait que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 aient maintenu la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* semble contredire notre analyse. Cependant, il suffit de lire le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 pour se convaincre que le maintien de la subrogation *ex parte creditoris* s'explique essentiellement par une raison d'ordre politique : la volonté de ne pas créer d'insécurité juridique pour les praticiens qui utilisent ce type de subrogation afin de réaliser leurs opérations d'affacturage⁷⁴⁷. Or, une telle raison ne suffit pas à justifier le maintien de la distinction entre la cession de créance et la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris*⁷⁴⁸. Le fait que les règles d'opposabilité aux tiers des deux procédés soient devenues les mêmes après l'ordonnance du 10 février 2016⁷⁴⁹ est un signe révélateur du caractère infondé de la différenciation entre cession de créance et subrogation conventionnelle *ex parte creditoris*. Il en va de même des règles d'« opposabilité » au débiteur tant de la subrogation *ex parte creditoris*⁷⁵⁰ que de la cession de créance⁷⁵¹. Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont conditionné une telle opposabilité à la notification du débiteur.

Par ailleurs, il est intéressant de noter que la suppression de la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* avait été envisagée dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations préparé sous la direction du professeur Terré⁷⁵². Malheureusement, la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* a été finalement maintenue par l'ordonnance du 10 février 2016. La reconnaissance d'un principe général de subrogation légale devant s'appliquer dans toutes les hypothèses où celui qui paie

⁷⁴⁷ Source : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004539> (consulté le 24 mai 2017) où il est précisé que « Compte tenu de cette généralisation de la subrogation légale, il aurait pu être envisagé de supprimer la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* (c'est-à-dire de la part du créancier), qui semblait dès lors inutile. Toutefois, les inquiétudes formulées par de nombreux professionnels, qui ont souligné la fréquence du recours à la subrogation conventionnelle dans la pratique des affaires, notamment dans des techniques de financement telles que l'affacturage, justifient de la maintenir, afin de ne pas créer d'insécurité juridique (article 1346-1) ».

⁷⁴⁸ Il est intéressant de noter que la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* n'est pas connue de tous les systèmes juridiques. Par exemple, le droit allemand ne connaît pas ce type de subrogation : E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op.cit., n° 764, p. 466 qui souligne par ailleurs qu'une telle unité est un facteur de simplification des relations commerciales et permet une plus grande justice, car tous les cessionnaires sont placés sur un pied d'égalité quelle que soit la technique de transfert utilisée. Il en va de même du droit mexicain : A. AYNES, « La subrogation personnelle », in *La transmission de l'obligation*, R. Ibarra Garza et Ch. Larroumet (dir.), Editions Panthéon-Assas, colloques, n° 6, p. 93 : « Le Code civil mexicain, en revanche, n'admet plus la subrogation conventionnelle à l'initiative du créancier (*ex parte creditoris*) depuis la réforme de 1928. Sous l'empire du Code de 1884 celle-ci existait au Mexique mais il apparaît que le législateur de 1924 a jugé qu'elle faisait double emploi avec la cession de créance, laquelle était consacrée ». Voir en faveur de la suppression de la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* en droit français en invoquant des arguments un peu différents : O. DESHAYES, « La subrogation « conventionnelle », in *Mélanges en l'honneur du professeur Nicole Decoopman, Les frontières du droit*, Cepsica, 2014, n° 138-139 : « Il est possible de se demander si le droit français ne pourrait pas se passer de la subrogation « conventionnelle ». D'une part, la subrogation *ex parte debitoris* n'est pas, de lege lata, conventionnelle. D'autre part, la subrogation *ex parte creditoris* n'apparaît « conventionnelle » que pour limiter les inconvénients du principe de validité du paiement fait par un tiers et pourrait donc, de lege ferenda, perdre ce caractère si les inconvénients en cause étaient directement appréhendés par les dispositions régissant le paiement ».

⁷⁴⁹ Tant la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* (art. 1346-5, al. 2) que la cession de créance (art. 1323) sont opposables au tiers à la date de l'acte.

⁷⁵⁰ En ce qui concerne l'opposabilité au débiteur de la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris*, voir le nouvel article 1346-5, alinéa 1^{er} du Code civil.

⁷⁵¹ Pour ce qui est de l'opposabilité au débiteur de la cession de créance, voir le nouvel article 1324 du Code civil.

⁷⁵² Si on analyse la proposition de textes, on note un chapitre III intitulé « De la libération du débiteur » et une section I dédiée au « Paiement ». Il est intéressant de relever qu'à la rubrique relative à la subrogation n'apparaît plus la distinction entre subrogation conventionnelle et légale. Voir : *Pour une réforme du régime général des obligations*, François Terré (dir.), Dalloz, 2013.

la dette d'autrui, sans devoir supporter la charge définitive de celle-ci mais ayant pourtant un intérêt à réaliser le paiement, rendait le maintien de cette opération inutile⁷⁵³. C'est précisément l'intérêt au paiement de la dette ainsi que la garantie du désintéressement du créancier qui justifie que le législateur prévoit un transfert forcé de la créance soumis à des règles spéciales tendant à garantir l'équilibre entre les trois intérêts en jeu : celui du subrogeant, du subrogé et du débiteur.

260. La « volonté » est effectivement un critère d'identification de la cession de créance : on est en présence d'une cession chaque fois qu'un créancier réalise un acte de libre disposition de sa créance⁷⁵⁴. En revanche, indépendamment de la qualification accordée par les parties, si c'est le législateur qui impose le transfert de la créance, il conviendra d'admettre qu'il s'agit d'une subrogation légale⁷⁵⁵. Par conséquent, l'application des dispositions relatives à celles-ci s'imposeront, notamment celles qui ont trait aux conditions d'opposabilité du transfert et à la responsabilité du créancier en cas d'inexistence de la créance⁷⁵⁶.

⁷⁵³ L'argument principal en faveur de cette position est que la reconnaissance d'un principe général de subrogation légale au profit de celui qui paye, dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette, rendait inutile la consécration de la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* : Ph. SIMLER, « Après le contrat et la responsabilité civile, la pièce manquante d'une réforme globale du droit des obligations que constitue le régime général des obligations a été remise au garde des Sceaux », *JCP G*, n° 6, 4 fév. 2013, p. 237 : « Il a paru sage au groupe de travail de conserver le principe tout en prenant acte de l'évolution jurisprudentielle. Celle-ci est telle que la consécration d'une subrogation conventionnelle à côté de la subrogation légale est apparue inutile, dès lors que donne lieu à subrogation (légale) tout paiement par un tiers qui libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette, si celui-ci n'a pas de motif légitime de s'y opposer ». La formule épuise les possibilités de subrogation ». Voir égal. P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *Droit civil, t. I, Introduction au droit, personnes, famille, personnes protégées, biens, obligations, sûretés*, 36^e éd., LGDJ, 2016, n° 1359, p. 577.

⁷⁵⁴ D. PARDOEL, *Les conflits des lois en matière de cession de créances*, *op. cit.*, n° 85, p. 52 : « La cession de créance est une convention par laquelle un créancier (le cédant) cède volontairement ses droits contre le débiteur à un tiers qui devient créancier à sa place ». Par ailleurs, le critère de la « volonté » pour distinguer entre différentes opérations juridiques n'est pas exclusif du domaine de la cession de créance. Il en va de même dans le domaine de la représentation afin de distinguer entre la représentation conventionnelle et la représentation légale : S. CALASTRENG, *La relativité des conventions*, thèse Toulouse, 1939, p. 49 : « L'élément volonté, supplémentairement exigé pour la représentation conventionnelle, suffit à creuser un abîme entre les deux sortes de représentations. Que la loi déclenche sur votre tête des effets spéciaux ou que vous les déclenchiez vous-même librement, il y a indiscutablement entre ceux deux situations toute la différence de la dépendance de la liberté, il y a inassimilation ».

⁷⁵⁵ Rappr. F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Cours de droit civil, Obligations, Régime*, *op. cit.*, n° 150, p. 270-271 : « L'ancien droit connaissait donc deux manières d'attribuer une créance à autrui par la vertu du payement : la cession, contrat translatif passé entre le créancier et le tiers solvens, et la subrogation, attribution légale d'une créance équivalente au nouveau créancier qui finance le désintéressement du créancier initial. Autrement dit, la subrogation n'avait aucun caractère translatif, contrairement à la cession. Perdant de vue la différence de mécanisme qui sépare les deux notions, la pratique a cependant fini par les confondre ; ce qui comptait, c'était la substitution totale du tiers payeur dans les droits du créancier, effet recherché dans les deux cas. Cette confusion est passée dans le Code civil, qui qualifie indistinctement de subrogation la convention conclue par le tiers payeur avec le créancier et le remboursement du créancier par un tiers à l'initiative du débiteur (...). Finalement, l'histoire a infligé à la matière une double dénaturation : d'une part la subrogation a été assimilée à une transmission d'autre part, elle s'est substituée à la notion de cession. Il n'est pas sûr que cette double confusion soit source de clarté sur le plan technique. La tentation de revenir à la vraie nature de la subrogation, à l'occasion des projets actuels de refonte du droit des obligations n'est donc pas surprenante » (nous soulignons).

⁷⁵⁶ C'est pourquoi il est intéressant de relever un cas particulier en droit colombien où, malgré le fait que la loi qualifie expressément une opération de cession de créance, il s'agit, à vrai dire, d'une hypothèse de subrogation légale. Plus précisément, il s'agit d'une hypothèse visée dans la loi relative au crédit à l'habitation (voir l'article 24 de la loi 546 de 1999). Cet article prévoit que dans le cas où l'emprunteur trouve des taux d'intérêt plus favorable, il peut contracter un crédit dans un autre établissement. Dans ce cas, l'autre établissement financier, celui qui deviendra le « cessionnaire » est censé présenter une offre pour acquérir la créance de l'établissement financier originaire. La particularité de cette disposition tient au fait que le créancier originaire ne peut pas refuser de faire la cession. Ainsi, même si le législateur qualifie cette opération de « cession de créance » nous considérons, conformément aux développements précédents relatifs au rôle de la volonté en tant qu'élément de qualification et d'identification de la cession, qu'il s'agit plutôt d'une hypothèse de subrogation légale. De sorte qu'on ne pourrait pas, sous prétexte de la qualification de cession, exiger que le cédant (le subrogeant pour être plus précis) réponde de l'existence de la créance par exemple, alors que c'est le débiteur lui-même qui est à l'origine de l'opération.

261. **CONCLUSION DE LA SECTION I.** L'appréhension de la cession en tant qu'accord de volontés ayant pour objet le transfert d'une créance est essentielle car elle permet de mettre en relief les deux traits caractéristiques de la cession : un acte entre vifs et un acte volontaire. Cette présentation a l'avantage de mieux cerner les rapports entre la cession de créance et d'autres opérations avec lesquelles la distinction semble parfois difficile.

Ainsi, la compréhension de la cession en tant qu'acte entre vifs permet de lever les doutes, propres au droit français, quant à la considération d'un legs d'une créance à titre particulier comme étant une sorte de cession. De plus, la mise en avant du caractère volontaire de la cession nous a permis de mieux comprendre le rapport de celle-ci avec la subrogation légale ou la saisie-attribution du droit français. Il convient d'insister sur le caractère volontaire de la cession qui révèle le mal-fondé de la distinction classiquement opérée entre la cession de créance et la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* : celle-ci étant un acte de disposition de la créance de la part de son titulaire, son identification à la cession de créance ne doit pas faire de doute. Le maintien des deux mécanismes au sein de nos législations civiles n'est donc pas justifié. Pis, la cohabitation de la cession de créance et de la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris*, au lieu d'être un facteur de simplification du transfert de créance, s'avère être une source de complexité qui nuit à l'intelligibilité du droit.

Si l'appréhension de la cession en tant qu'accord de volontés ayant pour objet le transfert d'une créance est un préalable nécessaire à la détermination de sa nature juridique, celle-ci n'est toutefois pas suffisante. Rappelons que conformément à nos législations civiles, le transfert de biens peut s'accomplir à travers différentes opérations juridiques, telles qu'une vente, une donation, un apport en société, etc. La question reste donc de déterminer l'opération spécifique que la cession de créance permet de réaliser. Ainsi, on aura l'occasion de montrer que, contrairement aux contrats ayant pour objet le transfert de biens corporels, la cession est un contrat qui se caractérise par sa propension à permettre l'accomplissement de différentes opérations juridiques. L'analyse de la cession en un acte ayant une cause variable s'impose donc.

Section II. La cession, un acte à cause variable

262. La plupart des contrats, tant en droit français qu'en droit colombien, ont une fonction unique, c'est-à-dire qu'ils ne permettent la réalisation que d'une opération juridique déterminée. La cession de créance envisagée comme un acte dont la cause est variable s'éloigne de ce schéma classique. Il convient, en premier lieu, de présenter cette théorie de causalité multiple (§1), avant d'envisager, en second lieu, sa portée (§2).

§1- Présentation de la théorie

263. L'analyse de la cession de créance en un acte ayant une cause variable peut paraître iconoclaste pour deux raisons principales. Premièrement, notons qu'il est difficile de s'accorder sur une définition du terme « cause »⁷⁵⁷. Celle-ci est classiquement comprise de deux façons différentes. La cause peut être appréhendée objectivement pour évoquer la contrepartie inhérente à chaque type de contrat ; dans une telle hypothèse elle s'associe à l'objet de l'obligation du cocontractant⁷⁵⁸. Cependant, la « cause » peut être aussi comprise d'une façon subjective et désigner les mobiles individuels qui conduisent les parties à la conclusion d'un contrat déterminé⁷⁵⁹. Deuxièmement, l'analyse de la cession en un acte permettant d'accomplir diverses opérations n'est pas une évidence. En effet, la plupart des contrats translatifs du droit français, correspondant aux contrats « *translativos* » du droit colombien, se caractérisent par le fait de permettre la réalisation d'une opération spécifique et invariable. Ainsi, par exemple, le contrat de vente opère le transfert d'un bien en échange d'un prix ; le contrat de donation permet le transfert d'un bien à titre gratuit. La cession de créance, en revanche, n'a pas une fonction unique. Quelles sont concrètement les opérations qui peuvent être réalisées à travers la cession ? Quelles raisons permettent d'expliquer cette particularité de la cession ? On tâchera de répondre à ces interrogations en précisant tout d'abord la signification de cette théorie (A), avant d'en exposer la justification (B).

⁷⁵⁷ Voir pour un développement approfondi sur la cause en droit français : J. ROCHEFELD, *Cause et type de contrat*, Préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999.

⁷⁵⁸ A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. X, *Des contrats ou des obligations conventionnelles*, Paris, 1830, n° 327, p. 343 ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code de Napoléon*, t. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, *op. cit.*, n° 355, p. 340 : « Tandis que, en effet, la cause finale est toujours identiquement la même dans tous les contrats identiques, la cause impulsive est essentiellement variable ; et elle est, en effet, presque toujours différente, dans les mêmes contrats, pour les parties qui les forment » ; Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. VIII, *Les contrats et les obligations*, 2^e éd., par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, Rousseau, Paris, 1936, n° 196, p. 137 : « La cause, dans la doctrine classique dont il s'agit, est toute autre chose. Elle est le mobile immédiat (*causa proxima*) qui a déterminé le débiteur ; ce mobile varie avec le type de convention, mais demeure toujours le même pour une convention déterminée. Dans les actes à titre gratuit, notamment dans la donation ou le legs, la cause est l'intention libérale du gratifiant (*animus donandi*), en l'absence de laquelle on ne saurait, en effet, imaginer de libéralité. Dans les contrats synallagmatiques, qui impliquent l'existence d'obligations réciproques, la cause de chacune des obligations est la considération de l'autre ».

⁷⁵⁹ En général, il existe deux conceptions de la cause. Ainsi, à côté de la « cause de l'obligation », appelée cause « *abstraite* » ou « *objective* », utilisée pour le contrôle de son existence, une notion élargie propre à assurer le contrôle de sa licéité, la « *cause du contrat*, dite « *subjective* » ou « *concrète* » parce que les mobiles individuels y sont pris en compte. En droit français : Ch. LARROUMET et S. BROS, *Traité de Droit civil*, t. III, *Les obligations, Le contrat*, 7^e éd., Economica, 2014., n° 447, p. 474-475 ; H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations, Théorie générale, op. cit.*, n° 255, p. 245. En droit colombien : A. TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones, El acto o negocio jurídico y otras fuentes de obligaciones*, n° 196, p. 306 s ; J. SUESCÚN MELO, *Derecho privado*, t. I, *Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo, op. cit.*, p. 76-77 ; A. ORTIZ MONSALVE, *Manual de obligaciones, op. cit.*, p. 74-77 ; M. BIANCA, *Derecho civil*, t. III, *El contrato*, trad. F. Hinestrosa et E. Cortés, Universidad Externado de Colombia, 2007, n° 228 s., p. 470 s.

A- Signification

264. L'analyse de la cession en un contrat ayant une cause variable semble trouver son origine dans le droit italien⁷⁶⁰, mais elle n'est pas totalement étrangère à d'autres systèmes juridiques. Par exemple, une partie de la doctrine espagnole défend la pertinence d'une telle analyse⁷⁶¹. Le même constat peut être fait en droit mexicain⁷⁶² et en droit vénézuélien⁷⁶³. Il convient alors de s'attarder sur le sens que les partisans de cette conception donnent à l'expression « *cause variable* » afin de mieux comprendre la spécificité de la cession de créance.

265. En premier lieu, soulignons que pour les défenseurs de l'analyse de la cession en un contrat ayant une cause variable, la « cause » doit être comprise comme la fonction économique ou la

⁷⁶⁰ R. ALESSI et V. MANNINO, *La circolazione del credito*, t. I, *Cessione « factoring » cartolarizzazione*, op. cit., n°3, p. 18 ; V. PANNUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955, p. 19 : « Nella causa totale della cessione posso no distinguere si una causa generica costante e una causa specifica variabile (...)ognicostruzione del negozio di cessione come negozio (relativamente) autonomo deve fare leva sulla causa variabile o generica ».; PERLINGIERI, *Enciclopedia GiuridicaTrecani*, V°« Cessione dei crediti », 1988, p. 4-5; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1948, p. 289 et s. Voir les développements approfondis à propos de cette théorie en droit italien: M.-E. CAMACHO LÓPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, op. cit., p. 314 et s.

⁷⁶¹ F. PANTALEON PRIETO, « Cesión de créditos », art. préc., 1038; L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. II, *Las relaciones obligatorias*, op. cit., p. 802 et s. Ils'agirait aussi de la vision défendue par certains auteurs espagnols qui se réfèrent à la cession en tant qu'acte abstrait. Mais, s'ils utilisent l'expression « abstrait », ils le font afin de mettre en exergue la vocation de la cession à abriter des causes différentes et non dans le sens d'acte détaché de sa cause. Le terme « abstrait » est donc utilisé pour mettre en relief le caractère neutre de l'opération. En outre, le recours au terme « abstrait » afin de présenter la cession en tant que contrat pouvant abriter des causes différentes n'est pas totalement méconnu de la doctrine colombienne. En effet, dans le projet qui a été élaboré dans les années 1980 afin de remplacer la législation civile et commerciale, les auteurs faisaient référence à la cession de créance comme acte abstrait afin de préciser qu'il n'était pas nécessaire de mentionner la cause dans le contrat de cession. On voit donc qu'il ne s'agissait pas d'affirmer que la cession était un contrat détaché de sa cause : A. VALENCIA ZEA, « Exposición de motivos », *Proyecto de Código de derecho privado*, Superintendencia de Notariado y registro, Bogotá, 1980, p. 66 : « Il est important de préciser que le contrat de cession n'a pas à prévoir la cause (par exemple, vente, donation, paiement); autrement dit, il s'agit d'un contrat abstrait ». Voir également à propos de l'influence de la théorie de la cause variable du droit italien en droit espagnol : M.-E. CAMACHO LOPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, p. 323.

⁷⁶² Voir l'article 2029 du Code civil Fédéral. Quant à la doctrine : M. BEJARANO SANCHEZ, *Obligaciones civiles*, Oxford, México, 2005, p. 403 : « On dit que la cession est un contrat changeant parce qu'il prend la forme de différents contrats, tels que la vente, l'échange ou la donation » ; M. BORJA SORIANO, *Teoría general de las obligaciones*, 2^e éd., Porrúa, México, 2009, n° 1229, p. 237 : « La cession de créance est un contrat par lequel le créancier, appelé le cédant, transfère en faveur d'un tiers, le cessionnaire, les droits qu'il a contre le débiteur » ; R. ROJINA VILLEGAS, *Compendio de derecho civil*, III, *Teoría general de las obligaciones*, 21^e éd., Porrúa, México, 1998, n° 6, p.465 : « Celle-ci (la cession de droits) a un caractère variable car elle est la source ou cause de différents contrats ou opérations juridiques en général. Autrement dit, comme la cession de droits peut être à titre onéreux ou gratuit, elle peut donner lieu à une vente s'il y a un prix certain en échange du droit cédé ; ou à un échange si à la place de la créance, on donne autre chose ; ou à une donation si elle est à titre gratuit ; ou à un apport en société si la créance est transmise à une personne morale » ; B. BERNAL DE BUGEDA, « La cesión de los créditos a título particular en el derecho romano y su recepción en el derecho positivo mexicano », www.bibliojuridica.org, p. 47 : « Même si l'analyse de la nature juridique de ce mécanisme (la cession de créances) n'est pas l'objet de notre étude, on considère qu'il ne s'agit pas d'un negotium « abstrait » bien qu'il puisse abriter plusieurs causes. La raison est que ses effets ne sont pas détachés de l'existence et de la licéité de celles-ci. On peut donc conclure que, selon son évolution historique et sa réglementation actuelle, la cession est un negotium ayant une cause variable pouvant avoir des caractéristiques contractuelles ou conventionnelles en fonction de la cause étant à son origine ».

⁷⁶³ Par exemple : A. MORALES HERNANDEZ, *Garantías mercantiles*, Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela, 2007, p. 81 : « Au sens large, la cession de créance est un acte entre vifs par lequel un nouveau créancier prend la place de l'ancien créancier dans la même relation obligatoire (dans ce sens, la cession de créance est une espèce du genre « cession de droits » et du genre « modification subjective des obligations ». Ainsi comprise, la cession de créance peut être à titre onéreux (vente, échange, apport en société, dation en paiement, etc.), à titre gratuit (donation) ou à titre de garantie ou de paiement. Ainsi, notre doctrine coïncide avec la doctrine majoritaire italienne selon laquelle la cession est un acte juridique ayant une cause générique, un acte dont la cause constante s'intègre avec une cause spécifique et variable, une attribution onéreuse ou gratuite qui permettra de coordonner l'aliénation du droit de créance avec le principe de causalité de l'aliénation (vendendi, donandi, solvendi). Ainsi, la cession peut rentrer dans n'importe quel moule d'un contrat licite et même un contrat aux fins de garantie ».

finalité du contrat de cession⁷⁶⁴. Cette signification du terme « cause » n'est d'ailleurs pas méconnue de nos systèmes juridiques⁷⁶⁵ ; il s'agit de la cause dite objective ou cause de l'obligation⁷⁶⁶.

266. Quant au terme « variable », il fait référence à l'aptitude de la cession de permettre la réalisation d'opérations juridiques les plus diverses. Cela implique qu'il n'est pas possible d'identifier la cession de créance à aucun des contrats à vocation translative réglementés par nos législateurs⁷⁶⁷. Néanmoins, la cession de créance est caractérisée par un élément constant permettant de l'identifier : le transfert d'une créance.

Ainsi, l'originalité de la cession réside dans le fait qu'outre cet élément constant, elle est déterminée par un autre élément, cette fois-ci changeant en fonction de la finalité poursuivie par le transfert. C'est précisément cette circonstance qui explique la référence au caractère variable de la cause⁷⁶⁸.

267. L'intérêt de cette approche est de permettre de nous mettre en garde contre l'analyse de la cession en un simple effet juridique, comme cela paraît être défendu par certains auteurs espagnols⁷⁶⁹ et certaines codifications savantes⁷⁷⁰.

Certes, l'appréhension de la cession comme un effet commun à toute une série d'actes translatifs semble séduisante. Le terme « *cessión* » peut en effet être utilisé pour désigner le « *transfert* »

⁷⁶⁴ R. ALESSI et V. MANNINO, *La circolazione del credito*, t. I, *Cessione « factoring » cartolarizzazione*, op. cit., n° 5, p. 29. En droit espagnol : J.-L. GUJARDO FAJARDO, *La causa y su operatividad en tema de atribuciones patrimoniales*, Universidad de Sevilla, 1999, p. 213.

⁷⁶⁵ J. ROCHEFELD, *Cause et type de contrat*, op. cit., n° 87, p. 81-82 : « La cause, retrouvant sa composante d'intérêt, regroupe ainsi non seulement la considération de la « réalité physique » de ce qui est obtenu, traditionnellement regardée comme contreprestation, mais également celle de son utilité économique ». Entre les auteurs qui essayent d'expliquer la notion de cause à travers la notion de fonction ou utilité économique du contrat : J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, 1969, p. 17 et s ; B. TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, Préf. J.-M. Mousseron, LGDJ, 1975, n° 76, p. 95-96. Parfois, les auteurs se servent de la notion d'objet du contrat pour se référer à la finalité recherchée avec l'opération : M. REQUEJO ISIDRO, *La cesión de créditos en el comercio internacional*, op. cit., n° 20, p. 39.

⁷⁶⁶ Voir par exemple : J. FRANÇOIS, *Traité de Droit civil, Les obligations*, t.IV, *Régime général*, 3^e éd., Economica, 2013 n° 349, p. 381, note 1 qui faisait référence expressément à la cause de la convention de cession : « La cause de la convention de cession renvoie à l'opération économique dont elle est l'instrument ».

⁷⁶⁷ Voir à ce propos la position tout à fait pertinente d'un auteur belge : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, principes, doctrine, jurisprudence*, 2^e éd., t. IV, *Les principaux contrats usuels*, 1^{ère} partie, n° 372, p. 361 : « [...] Le mot « cession » est juridiquement vague, et doit l'être, car nous verrons que la cause de la cession, le contrat qui la réalise, n'est pas toujours la même ».

⁷⁶⁸ Voir en ce sens de façon implicite : D. PARDOEL, *Les conflits des lois en matière de cession de créance*, op. cit., n° 87, p. 53 : « La cause de l'obligation du cédant à l'égard du cessionnaire peut être diverse selon l'opération réalisée. Si les parties ont voulu conclure une vente, la cause de l'obligation de garantie du cédant envers le cessionnaire, de même que celle de transfert de la créance par la remise du titre, réside dans l'obligation de payer le prix déterminé. Il en va différemment dans le cas d'une cession de créance à titre gratuit. La cause de l'obligation de transmettre la créance et de remettre les titres se trouve dans l'intention libérale qui anime le cédant agissant alors comme un donateur ».

⁷⁶⁹ F. PANTALEÓN PRIETO, « Cesión de créditos », art. préc., p. 1038 ; R.-H. COMPAGNUCCI DE CASO, *Cesión de créditos*, op. cit., n° 19, p. 21.

⁷⁷⁰ Cela explique que dans le commentaire à l'article 11:101 des Principes du droit européen des contrats, le commentateur propose de distinguer entre la « cession », en tant que transfert de biens, et le contrat de cession, en tant qu'opération créant des obligations personnelles ; autrement dit, entre la cession et sa cause. Voir à propos de la doctrine qui attribue à la cession la nature juridique d'être un simple effet commun à de nombreux contrats : M.-E. CAMACHO LOPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, p. 304-305.

en tant que simple effet juridique ; cependant, une telle vision s'accommode mal avec les règles relatives à la cession dans chacun de nos systèmes juridiques. Lorsque le législateur a réglementé la cession, soit comme un contrat de vente⁷⁷¹, soit comme un contrat indépendant⁷⁷², soit comme une opération sur l'obligation⁷⁷³, son but n'était sûrement pas de la concevoir comme un simple effet juridique. Si le législateur a établi un ensemble de dispositions relatives à l'efficacité de la cession à l'égard des parties et à l'égard des tiers, on peut en conclure qu'il a envisagé la cession comme un acte juridique. La récente réforme du droit des obligations français vient conforter cette analyse. En disposant expressément que la cession est un contrat, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ne laissent perdurer aucun doute quant à l'appréhension de la cession en tant qu'acte juridique.

268. Ceci étant précisé, la question qui se pose est celle de savoir si la conception selon laquelle la cession est un contrat à cause variable est totalement étrangère aux systèmes juridiques français et colombien. Une réponse négative s'impose⁷⁷⁴. Il est vrai que la référence à la cession de créance comme un contrat ayant une cause variable n'est usitée ni en droit français ni en droit colombien ; cependant, un nombre important d'auteurs, sans utiliser cette dénomination, reconnaissent le caractère générique⁷⁷⁵, polyvalent, ou même neutre de la cession⁷⁷⁶.

Il en est ainsi en droit français lorsque des auteurs affirment que la cession est un contrat permettant la réalisation de différentes opérations juridiques et soumis, en conséquence, à des conditions variables de réalisation en fonction de l'opération voulue par les parties⁷⁷⁷. Cette vision est à nouveau confortée par la récente réforme du droit des obligations. En effet, le législateur a non seulement détaché la cession de créance du contrat de vente, mais il a également défini la cession

⁷⁷¹ Rappelons que c'était la conception défendue par les rédacteurs du Code Napoléon.

⁷⁷² Il s'agit de la position adoptée par les rédacteurs du Code civil colombien.

⁷⁷³ Il s'agit de la position adoptée par les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations.

⁷⁷⁴ Voir en faveur de l'analyse de la cession de créance en un contrat ayant une cause variable avant l'ordonnance du 10 février 2016 : M. E. CAMACHO LOPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, op. cit., p. 318-321.

⁷⁷⁵ Voir en ce sens H. De PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, principes, doctrine, jurisprudence*, 2^e éd., t. IV, *Les principaux contrats usuels*, 1^{re} partie, op. cit., n° 371, p. 359 : « *Ainsi que nous aurons l'occasion de le faire observer, la cession de créance n'est pas nécessairement une vente, mais une institution générique, une forme de transmission des obligations, tout au moins dans leurs éléments actifs* » (nous soulignons).

⁷⁷⁶ C'était l'expression utilisée pour la présentation des modifications introduites à la cession de créance dans l'avant-projet Catala : P. CATALA, « Cession de créance et subrogation personnelle dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations », art. préc., n° 3, p. 214 : « *Le transfert du cédant au cessionnaire apparaît ainsi comme l'élément invariable de la convention ; mais celle-ci est neutre ; elle peut indifféremment constituer l'instrument d'une opération quelconque à titre onéreux, ou gratuit ou de garantie, etc. La cession de créance devient une opération polyvalente* » (nous soulignons). Un auteur se sert de ce même terme afin de mettre en avant le fait que l'ordonnance souligne la polyvalence de la cession : Ch. GIBBERS, « Le nouveau visage de la cession de créance », art. préc., p. 48.

⁷⁷⁷ J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t.IV, *Régime général*, 4^e éd., op.cit., n° 459, p. 454 : « *La cession de créance, comme on l'a vu, résulte d'une convention passée entre les seuls cédant et cessionnaire. Cette convention, qui colore l'opération en lui assignant son objectif économique (donation, paiement, garantie...) est subordonnée à certaines conditions de validité* ».

comme étant un contrat permettant le transfert d'une créance à titre gratuit ou onéreux, en mettant ainsi en avant le caractère polyvalent de la cession.

Cependant, une autre interrogation se pose : la suppression du vocable « cause » par les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 peut-elle remettre en question cette analyse ? Une réponse négative s'impose ici encore. Bien que le terme « cause » ait été abandonné, beaucoup de fonctions qu'elle assurait ont été maintenues, c'est pourquoi la doctrine majoritaire s'accorde sur le constat que l'abandon de la « cause » est en réalité plus formel que réel⁷⁷⁸. La « cause » entendue comme contrepartie, *i.e.* la cause dite objective ou cause de l'obligation, continue d'être exigée par le biais du contenu et de l'objet du contrat comme étant une condition de validité de celui-ci⁷⁷⁹.

S'agissant du droit colombien, parmi les auteurs qui refusent d'analyser la cession en un acte de tradition, certains reconnaissent expressément le caractère générique de la cession de créance⁷⁸⁰. Plus encore, d'aucuns remarquent que si Bello a consacré clairement la possibilité de réaliser une cession à des « titres » différents, cela s'explique par son souhait de dépasser l'approche restrictive du Code Napoléon afin, précisément, de mettre en avant le caractère polyvalent de la cession⁷⁸¹.

269. On vient de montrer la particularité de la cession de créance par rapport aux autres contrats à vocation translatrice consacrés dans chacune de nos législations civiles. Demeure toutefois la question de savoir quelles sont les raisons pouvant expliquer cette particularité.

⁷⁷⁸ Y.-M. SERINET, « Droit des contrats, Chronique », *JCP G*, 2017, n° 12, doctr. 325 ; H. BARBIER, « La transition en douceur de la cause vers la contrepartie, et l'entrée en scène de « l'équilibre général du contrat », *RTD civ.* 2016, p. 614 ; F. ANCEL, « Quel juge pour le contrat au XXI^e siècle ?, *D.* 2017, p. 721 ; D. GUERIN-SEYSEN, « Libres propos sur l'instrumentalisation et la pérennité de la notion de cause », *LPA*, 2011, n° 186, p. 8 s. v également les auteurs cités *supra* note 355.

⁷⁷⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 604, p. 347 ; A. BENABENT, *Droit des obligations*, *op. cit.* n° 198, p. 160 et s. : « Critiquée par les uns pour sa complexité, louée par les autres pour sa souple subtilité, la notion de cause, en tant que condition de validité du contrat énoncée par l'ancien article 1108, a été supprimée par la réforme de 2016, ses applications principales faisant plus simplement l'objet de règles directement énoncées (art. 1162, 1169, 1170, 1186, etc.) » ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. I, *Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, n° 401, p. 435-436 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, 6^e éd., LGDJ, 2016, n° 151, p. 145 : « En effet, même si toute référence explicite à la notion de cause a été supprimée, l'ordonnance n'a pas pour autant fait basculer le droit français du contrat dans un système non causaliste, tout entier fondé sur l'autonomie de la volonté. L'idée de cause subsiste à travers d'autres mots. L'existence de la cause est recherchée dans l'exigence d'un contenu certain (art. 1128 C. civ), d'une contrepartie non illusoire ou dérisoire (art. 1169 C. civ), d'une obligation essentielle non privée de sa substance (art. 1170 C. civ) et d'un maintien sous peine de caducité des éléments essentiels du contrat (art. 1186 C. civ) ».

⁷⁸⁰ J.-A. BONIVENTO FERNÁNDEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, *op. cit.*, n° 169, p. 368.

⁷⁸¹ J.-G. ESCOBAR MARULANDA et J.-E. OSSA MUNERA, *La naturaleza jurídica de la cesión del crédito*, *op. cit.*, p. 225. Voir dans le même sens en droit chilien : M. DE LOS A. SOZA RIED, « La cesión del « Derecho real » de herencia y de una cuota hereditaria », *Revista de derecho, Valdivia*, vol. 17, dic. 2004, note 23 : « Nous ne sommes pas d'accord avec Somarriva U., M., *Indivisión cit.*, p. 96ss., qui soutient que la cession des droits d'héritage constitue la tradition de ceux-ci. La cession est réglementée comme étant un contrat, et on considère qu'il s'agit d'un *negotium obligatoiro* : une fois la cession réalisée, laquelle peut être onéreuse ou gratuite, le cédant est obligé de transférer les biens cédés conformément aux formes qu'on indiquera par la suite. Le fait que Bello ait utilisé le mot cession s'explique par son désir de permettre que ce *negotium* ait une abstraction suffisante pour servir de fondement à un transfert basé sur des titres différents et, par son souhait de ne pas devoir réglementer cette opération plusieurs fois : dans le cadre de la vente, de la donation, de l'échange, etc. Autrement dit, la cession en elle-même est le titre ou *negotium obligatoiro* abstrait, ayant vocation à abriter de multiples causes ».

B- Justification

270. Deux raisons primordiales expliquent l'appréhension de la cession de créance, tant en droit français qu'en droit colombien, comme un contrat ayant une cause variable : la première est la déformation de la nature juridique de la cession de créance par nos législateurs modernes (1) ; la seconde est la nature causaliste de nos systèmes juridiques en matière de transfert de biens (2).

1- La déformation de la nature juridique de la cession de créance par nos législations modernes

271. Même si le droit français et le droit colombien appréhendent la cession de créance comme un titre de transfert⁷⁸², il est peu probable qu'il en ait été ainsi en droit romain. Les doutes autour de la nature juridique de la cession de créance-titre ou mode de transfert⁷⁸³, peuvent laisser supposer que ce qu'on connaît aujourd'hui sous le nom de « *cession de créance* » aurait relevé, chez les anciens Romains, de la catégorie des modes d'acquisition et non de celle des titres d'acquisition de biens. Cela explique que la cession soit aujourd'hui analysée comme un contrat pouvant abriter des causes fort différentes. Il s'avère donc nécessaire de préciser, tout d'abord, que la cession de créance appartenait effectivement en droit romain à la catégorie des modes de transfert de biens (a), pour ensuite s'intéresser au processus de sa consécration en tant que titre de transfert dans nos législations modernes (b).

a) De l'origine de la cession de créance en tant que mode de transfert en droit romain

272. Envisager la cession de créance originaire parmi les modes de transfert est un postulat conforté par divers arguments. Tout d'abord, on peut relever qu'aussi bien la *procuratio in rem suam* que la novation, antécédents directs de la cession telle que conçue par nos législations modernes⁷⁸⁴, ont été traitées par Gaius dans le livre second de ses *Institutes*, lequel était dédié à l'étude des choses ainsi que des modes de leur acquisition⁷⁸⁵. Gaius se réfère à ces deux procédés en précisant leur nécessité pour permettre que ce qui est dû à un créancier puisse passer à un autre en raison de l'impossibilité d'utiliser pour ce type d'opération les modes de transfert prévus pour les choses corporelles⁷⁸⁶.

Par ailleurs, on note que la principale question qui a divisé les jurisconsultes de l'époque, mise à part la question de la véritable transmissibilité ou intransmissibilité des obligations par acte

⁷⁸² Voir *supra* n° 193 et s.

⁷⁸³ Ces doutes ne sont pas propres aux droits français et colombien. Le même débat existe au sein d'autres systèmes juridiques, notamment le droit italien, le droit espagnol, le droit mexicain, le droit brésilien et le droit argentin. Voir à propos de la portée de ce débat dans chacun de ces systèmes juridiques : M.-E. CAMACHO LOPEZ, *Cesión de créditos : del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, *op. cit.*, p. 293 s.

⁷⁸⁴ Voir *supra* n° 37 et s.

⁷⁸⁵ Voir en ce sens : M.-E. CAMACHO LÓPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, *op. cit.*, p. 283.

⁷⁸⁶ G, II 38-39, §38, *Institutions de Gaius traduites et commentées* par C.-A. PELLAT, *Institutes de Gaius, traduites et commentées*, t. I, *op. cit.*, p. 105.

entre vifs, était celle d'établir laquelle des opérations -entre la novation, la *procuratio in rem suam*, l'action utile ou la *denuntiatio*- devait être considérée comme le dispositif permettant d'opérer un véritable transfert de créance⁷⁸⁷. Comme on l'a vu⁷⁸⁸, si une partie importante de la doctrine remettait en question le véritable caractère translatif de la novation, le débat restait toujours très vif autour du rôle translatif de la *procuratio in rem suam* ainsi que de l'*actio utilis* et de la *denuntiatio*⁷⁸⁹. Néanmoins, la question relative aux actes servant de fondements au transfert n'était pas vraiment au cœur des débats de l'époque romaine⁷⁹⁰.

Enfin, un dernier argument confortant l'idée que la cession de créance est issue de la catégorie des modes de transfert et non celle des titres de transfert réside dans l'origine même du terme « *cessio* ». Rappelons qu'à côté de la *mancipatio* et de la *traditio*⁷⁹¹, le droit romain a connu un troisième mode de transfert, celui de l'*in jure cessio* ou plus simplement qualifié de *cessio*⁷⁹². Les incertitudes autour de l'origine, des conditions ainsi que des effets de l'*in jure cessio* sont assez nombreuses, surtout parce que ce procédé a été délaissé plus rapidement que la *mancipatio*⁷⁹³. L'*in jure cessio* est décrite comme un acte consistant dans une sorte de procès fictif au cours duquel le propriétaire renonçait à son bien en faveur de l'acquéreur. La doctrine semble d'accord sur le fait qu'à l'instar de la *mancipatio*, l'*in jure cessio* était un mode de transfert abstrait assez familier pour le transfert

⁷⁸⁷ Voir en ce sens : M.-E. CAMACHO LÓPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, op. cit., p. 282. En ce sens et plus précisément à propos du passage mentionné des Institutes de Gaius : Th. Huc, *De la cession et de la transmission des créances*, op. cit., n° 148, p. 209-210 : « Le jurisconsulte (Gaius) commence d'abord par constater l'impossibilité d'appliquer au transfert des créances les modes admis pour le transfert des droits réels. Dans les passages précédents, il vient en effet de décrire la nature et le fonctionnement des modes destinés à transférer la propriété et ses démembrements, et le jurisconsulte arrive, en suivant l'ordre logique des idées, à s'occuper du transfert des droits de créance. Nous venons de voir, dit-il, à l'aide de quels procédés on arrive au transfert de la propriété. Les mêmes procédés peuvent-ils servir au transfert des droits de créance ? Non, répond-il, les droits de créance ne peuvent pas être transmis par de tels procédés, nihil eorum recipiunt ; et immédiatement, il va décrire les procédés tout à fait différents au moyen desquels on pourra commercer sur les droits de créance. N'est-il pas manifeste qu'un tel raisonnement ne peut se concevoir que dans l'hypothèse de la cessibilité incontestablement reconnu e des droits de créance. Et si le moindre doute eut existé à cet égard dans l'esprit des jurisconsultes romains, c'était bien le moment pour Gaius d'y faire au moins une allusion. Mais il se borne à constater purement et simplement l'impossibilité de se servir pour transférer les créances, des procédés employés pour le transfert de la propriété » ; P. GIDE, *Études sur la novation et le transport des créances en droit romain*, Librairie Larose, Paris, 1879, p. 334 : « Jusqu'ici toute cette étude n'a été que le développement du texte de Gaius qui nous a servi de point de départ : deux procédés, deux expédients, si l'on veut, la novation et la litiscontestatio différentes dans leurs formes, mais analogues dans leurs effets et remplissant l'une et l'autre, pour l'aliénation des créances, à peu près la même fonction que la mancipatio et l'in jure cessio pour le transfert des objets corporels, telle est la théorie que Gaius nous a transmise et que je viens d'exposer ».

⁷⁸⁸ Voir supra n° 272. Voir cependant en faveur d'une véritable nature translatif de la novation : P. GIDE, *Étude sur la novation et le transport des créances en droit romain*, op. cit., n° 5, p. 46 : « Nous serons donc arrivés exactement au même résultat que si je vous avais transféré ma créance, et, en se plaçant au point de vue des résultats, on pourra dire que le transfert est accompli. Ainsi ce qu'est la mancipation ou la tradition pour les choses corporelles, la novation l'est pour les créances ».

⁷⁸⁹ Voir supra n° 272.

⁷⁹⁰ M.-E. CAMACHO LÓPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, op. cit., p. 281. Contra F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XXIV, Bruxelles, Paris, 3^e éd., 1878, n° 461, p. 452 qui affirme que « Les jurisconsultes romains n'admettaient point qu'une créance pût faire l'objet d'une vente, parce qu'une créance consiste essentiellement dans un lien personnel que l'obligation crée entre le débiteur et le créancier, lien qui, par sa nature, n'est pas susceptible d'être transmis ».

⁷⁹¹ P. OURLIAC et J. De MALAFOSSE, *Histoire du Droit privé*, t. II, *Les biens*, 2^e éd., PUF, 1971, n° 147, p. 276-277.

⁷⁹² P. OURLIAC et J. De MALAFOSSE, *ibidem*, n° 151, p. 282 : « Dans les compilations byzantines, les juristes, qui colligent les textes classiques, abrègent l'expression in jure cessio et ne retiennent que le dernier terme. Mais la cessio, l'acte d'aliénation par excellence, est depuis longtemps déjà la traditio ».

⁷⁹³ P. OURLIAC et J. De MALAFOSSE, *ibid.*

des choses incorporelles telles que l'héritage ou même l'usufruit⁷⁹⁴, qui n'étaient pas des choses susceptibles de tradition.

Ces précisions au regard du procédé de l'*in jure cessio* en tant que mode de transfert de choses incorporelles portent à croire que la cession de créance, telle qu'apprehendée par les Romains, n'était que le moyen par lequel les créances passaient d'un patrimoine à un autre sans égard à la cause du transfert. En outre, certains auteurs défendent l'idée que la cession de créance ait pu être le résultat d'une sorte de spécialisation de la vente de l'héritage dans la mesure où celle-ci incluait assez fréquemment des créances qui nécessitaient pour leur transmission une *in jure cessio*⁷⁹⁵.

273. Cet éclaircissement à propos de l'origine de l'expression « *cessio* » révèle la faiblesse de la présentation classique selon laquelle le rapport entre la vente et la cession serait un rapport de genre-espèce. Au sens strict du terme, en droit romain, la vente désignait un contrat, c'est-à-dire un acte obligationnel ou titre d'acquisition d'une chose, indépendamment de sa nature corporelle ou incorporelle. La référence à la vente de l'héritage en témoigne. La cession, en revanche, appartenait à la sphère des modes d'acquisition, ou plus précisément des actes de disposition *stricto sensu*. La vente et la cession ayant chacune une nature juridique différente, la pertinence de l'établissement d'un rapport de genre-espèce entre les deux semble effectivement douteuse⁷⁹⁶.

274. C'est donc le rétablissement des rapports existant entre la vente et la cession en droit romain, titre de transfert et mode de transfert, résultat de la dissociation entre le contrat générateur de l'obligation de donner et l'acte permettant d'exécuter ladite obligation⁷⁹⁷, qui permet de mieux comprendre la référence à la « *cessio* » à l'égard de diverses opérations juridiques. Cette distinction permet en effet de conforter l'idée selon laquelle la cession de créance n'était que l'acte permettant d'exécuter un legs, une donation, une vente, etc⁷⁹⁸.

⁷⁹⁴ A propos de l'*in jure cessio* comme mode de transfert de l'usufruit : G. II, 32-36, § 34 et § 35, C.-A. PELLAT, *Institutes de Gaius, traduites et commentées*, t. I, *op. cit.*, p. 103 ; J. GAUDEMET et E. CHEVREAU, *Droit privé romain, op. cit.*, p. 237 : « On a supposé qu'elle avait été introduite (l'*in jure cessio*) pour le transfert des res mancipi. Elle fut surtout utilisée pour le transfert des droits (transfert des servitudes, adoption, affranchissement, cession de tutelle, transmission d'une hérédité) pour lesquelles les formes de la mancipation conviendrait mal ».

⁷⁹⁵ Voir en ce sens : M.-E. CAMACHO LÓPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno, op. cit.*, p. 75.

⁷⁹⁶ L'assimilation de la cession au contrat de vente pourrait s'expliquer pourtant par le lien très fort tissé par le Code Napoléon entre le contrat et le transfert de biens en raison duquel la conclusion d'un contrat de vente serait nécessaire et suffisante pour le transfert : Th. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. I, *op. cit.*, n° 124, p. 169 : « La cession est donc un contrat d'aliénation ; c'est pour ce motif que le législateur moderne l'a nettement rattachée au contrat de vente, car dans le langage du Code, vendre c'est aliéner ; acheter c'est acquérir ».

⁷⁹⁷ Voir C. BUFNOIR, *Propriété et contrat, op. cit.*, p. 36-37 qui affirme qu'en droit français, pour le transfert de propriété, il ne faut pas deux actes, ni même deux contrats distincts ; la convention qui fonde l'obligation au transfert suffit à réaliser ce transfert ; P. OURLIAC et J. De MALAFOSSE, *Histoire du Droit privé*, t. II, *Les biens, op. cit.*, n° 147, p. 276 ; Ph. CHAUVIRE, *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens, op. cit.*, n° 18, p. 10-11.

⁷⁹⁸ E. CUQ, *Manuel des Institution juridiques des Romains, op. cit.*, p. 640 : « La cession de créance ne doit pas être confondue avec l'acte qui la motive. Elle est volontaire ou forcée : volontaire lorsqu'elle sert à exécuter une vente, une donation, un legs, une dation en paiement, une constitution de dot » ; P. OURLIAC et J. De MALAFOSSE, *Histoire du Droit privé*, t. I, *Les obligations, op. cit.*, n° 214, p. 237 : « En dépit

275. Cependant, afin de pouvoir comprendre la nécessité d'appréhender la cession comme un contrat à cause variable tant en droit français qu'en droit colombien, il convient de s'attarder sur les raisons qui ont pu conduire à sa consécration en tant que titre ou acte obligationnel servant de fondement au transfert d'une créance.

b) Vers la consécration de la cession de créance en tant que titre de transfert

276. C'est le Code Napoléon, en consacrant la cession de créance comme une sorte de vente, qui est à l'origine de la transformation de la nature de la cession : d'un acte exclusivement de disposition elle devient un acte causal ou fait générateur du transfert, ce indépendamment de son aptitude à attribuer directement la propriété. La question se pose toutefois de déterminer les facteurs qui ont pu contribuer à cette évolution.

277. De sérieuses raisons nous conduisent à croire qu'une telle conception a été favorisée par l'influence de la pensée de Doneau⁷⁹⁹. Pour cet auteur, la véritable transmissibilité des créances entre vifs en droit romain n'aurait été reconnue qu'avec le développement du système des actions utiles⁸⁰⁰. De telles actions auraient effectivement permis au cessionnaire de demander en son nom le paiement de la créance lorsqu'il ne disposait pas des actions du cédant, c'est-à-dire les actions dérivées d'un mandat⁸⁰¹. Puisque cette action était reconnue en faveur du cessionnaire par le seul fait de l'acte

*de ces améliorations, la cession de créance n'est pas un contrat autonome, elle n'est que la conséquence d'une vente, d'une donation, legs, etc. » ; Th. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. I, *op. cit.*, n° 124, p. 167-168 : « Le mot cession, employé d'une manière générale, exprime l'idée du transport volontaire d'un droit de créance, de la tête du sujet originaire sur la tête d'un autre ou, en termes plus exacts, du patrimoine du sujet originaire dans le patrimoine d'un autre ; le transport dont il s'agit, étant envisagé en lui-même indépendamment de la cause juridique dont il est la conséquence normale. Ainsi, dans les cas de legs, de donation, de vente d'une créance, de l'apport en société d'une créance, de la constitution en dot d'une créance appartenant au constituant, et autres hypothèses analogues, il faudra faire passer la créance d'un patrimoine dans un autre. Le procédé employé pour opérer ce transport pourra être désigné sous le nom de cession. La théorie de la cession aurait donc pour objet l'étude du procédé tel quel employé dans une législation pour procurer le transport dont il s'agit ; c'est ainsi qu'il faut envisager la cession quand on veut l'étudier selon les principes de la législation romaine. » (nous soulignons).*

⁷⁹⁹ R. SALEILLES, *La théorie générale de l'obligation*, *op. cit.*, n° 78, p. 69 : « Doneau se sert d'une telle théorie pour affirmer qu'étant l'action un élément du patrimoine, elle devrait pouvoir être convertie en argent. De la sorte, celui à qui elle appartient doit pouvoir la céder comme il céderait un objet corporel, seulement l'action qu'il cède ainsi ne peut plus être exercée par celui qui l'acquiert en vertu de la cause d'où provient l'obligation. Ainsi, le cessionnaire d'une action provenant d'une vente ne pouvait se prétendre vendeur. Tout ce qu'il pouvait faire c'était de prétendre avoir droit au profit de la vente : le vendeur lui a donc cédé le droit de poursuivre le paiement du prix, il ne peut lui avoir donné celui de se dire vendeur de la chose. Ce qui pourrait donc être cédé par cet auteur, c'était une action utile et, quant à l'action directe, celle exercée en vertu de la cause même d'où provient l'obligation, elle ne peut être exercée par un tiers que par voie de procuration. Comment comprendre que le cessionnaire d'une action provenant d'une vente se prétende vendeur ? Tout ce qu'il peut faire, c'est de prétendre avoir droit au profit de la vente : le vendeur lui a donc cédé le droit de poursuivre le paiement du prix, il ne peut lui avoir donné celui de se dire vendeur de la chose ». Voir à ce propos en droit colombien: M.-E. CAMACHO LÓPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, *op. cit.*, p. 283.

⁸⁰⁰ Comme on l'a déjà noté, le système des actions utiles consistait à accorder au cessionnaire la possibilité d'exercer l'action contre le débiteur afin d'exiger le paiement de la créance, même s'il ne bénéficiait pas d'une action directe, par exemple, soit en raison de la révocation du mandat, soit par la mort du mandant : V. *supra* n° 37, 38.

⁸⁰¹ Voir à propos de l'*actio utilis* en tant que précédent le plus proche de la reconnaissance de la cession de créance par nos législations modernes : J. GHESTIN, « La transmission des obligations en droit positif français », in *La transmission des obligations*, Travaux des IX^e journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations, art. préc., n° 2, p. 7 ; F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 21, p. 25.

servant de fondement à la procuration faite par le créancier, Doneau en a conclu qu'il s'agissait d'une sorte de cession d'action intervenant dès la conclusion dudit acte. Le fait de vendre une créance par exemple, impliquait que le vendeur, par le seul fait de la conclusion du contrat, s'obligeait à ne plus exercer pour son compte l'action pertinente. Ainsi, l'accomplissement d'autres formalités, telles que la *denuntiatio* ou la *litiscontestatio*, n'était plus nécessaire pour que le créancier eût été déchu de ses droits.

Ainsi, on comprend aisément la théorie consacrée par le Code Napoléon. La cession se confondrait avec l'acte même qui lui sert de fondement ; soit la vente, soit la donation, soit la *datio in solutum*. Cela s'explique surtout par le fait qu'à l'époque de la rédaction du Code Napoléon, l'acte de signification, considéré comme le pendant de la *denuntiatio* du droit romain, aurait perdu son rôle fondamental en tant que condition de validité de la cession tant à l'égard des parties qu'à l'égard des tiers⁸⁰².

278. On peut ainsi expliquer le passage de la cession en tant que mode d'acquisition de la créance à la cession en tant que titre d'acquisition d'un bien. Compte tenu de l'influence de la codification napoléonienne sur le Code de Bello, la consécration de la cession de créance comme titre d'acquisition de la créance dans ce dernier n'est pas étonnante⁸⁰³. Toutefois, on sait que Bello s'est également inspiré d'autres sources, notamment le droit romain. Il était conscient de l'impossibilité de rattacher la cession de créance à une opération spécifique, ce qui explique qu'il ait choisi de l'envisager comme un contrat pouvant répondre à des causes différentes⁸⁰⁴.

279. Par ailleurs, la cession de créance n'est pas le seul contrat reconnu par nos législateurs civils ayant une cause variable. Un autre exemple typique est la fiducie. Celle-ci permet effectivement l'accomplissement de différentes opérations juridiques, notamment la constitution d'une sûreté ou la gestion d'un patrimoine ; le caractère neutre de l'opération n'étant pas mis en cause⁸⁰⁵. Certes, la fiducie correspond à une opération translatrice cependant il s'agit dans le même temps d'un acte obligationnel. En effet, en plus de réaliser un transfert de propriété, la fiducie crée différentes obligations entre les parties en fonction de l'opération voulue, et surtout avec la finalité d'établir clairement les pouvoirs du fiduciaire. De la sorte, la pertinence de son appréhension en un acte neutre permettant la réalisation

⁸⁰² R. SALEILLES, *La théorie générale de l'obligation, op.cit.*, n° 93, p. 83 ; P. GIDE, *Étude sur le transport des créances et la novation, op.cit.*, p. 335, 372.

⁸⁰³ V. *supra* n° 198 et s.

⁸⁰⁴ V. *supra* n° 206.

⁸⁰⁵ À ce propos en droit français : M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant projet de loi qui la consacre. I. Ebauche d'une théorie générale de la fiducie », *Deffrénois* 1991, art. 35085, p. 898 : « Aussi définie, elle [la fiducie] apparaît comme un mécanisme abstrait : elle ne dévoile point ses utilités. Celles-ci sont pourtant multiples, et permettent de distinguer (en simplifiant) la fiducie-gestion de la fiducie-sûreté ». En ce qui concerne le droit colombien : E. RENGIFO GARCÍA, *La fiducia mercantil y pública en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, 2^e éd., 2006, p. 59.

de différentes opérations, à l'instar de l'analyse proposée de la cession de créance, se révèle incontestable. Et lorsqu'on essaie de déterminer la raison permettant d'expliquer cette particularité, on constate que l'évolution de la fiducie a eu un lien très fort avec les modes de transfert des biens en droit romain. En effet, la fiducie romaine n'était pas un contrat. Elle est née comme un pacte adjoint à la *mancipatio*, mode abstrait de transfert des biens, afin de régler le retour de la propriété une fois la finalité recherchée accomplie⁸⁰⁶. Dès lors, si la fiducie s'analyse de nos jours en un contrat polyvalent, cela peut s'expliquer par son rapport originaire avec les modes abstraits du droit romain. Ainsi, l'idée selon laquelle la nature polyvalente de la cession de créance s'explique par sa place originelle parmi les modes d'acquisition de la propriété, plus précisément l'*in jure cessio*, vient renforcer notre analyse.

280. Laisant de côté cet aspect, l'originalité de la cession en tant que contrat ayant une cause variable s'explique par une autre raison : le principe causaliste irriguant le système d'acquisition des biens tant en droit français qu'en droit colombien.

2- La nature causaliste du système d'acquisition des biens en droits français et colombien

281. Si la cession n'était originairement qu'un mode de transfert ayant donc un rapport avec différentes opérations juridiques, on peut expliquer qu'au moment d'être appréhendée comme un titre ou fondement du transfert, un changement de sa structure se soit opéré : devenue le titre ou cause juridique de l'acquisition, son analyse en un acte permettant de transférer la créance en raison de différentes causes s'imposait. Cette analyse est confortée par le fait que les droits français et colombien prévoient, en matière d'acquisition des biens, un rapport causal entre le contrat et l'acquisition de la propriété. En d'autres termes, pour que le transfert d'un bien soit valable, il est nécessaire qu'il obéisse à une cause réelle et licite⁸⁰⁷. L'acquisition du bien dépendra donc de la validité de l'acte obligationnel⁸⁰⁸. L'idée d'un système dans lequel le transfert se réalise par un acte abstrait de disposition, à l'instar du droit allemand, est incompatible avec les systèmes causalistes, tel que le soulignent la doctrine

⁸⁰⁶ E. RENGIFO GARCIA, *La fiducia mercantil y pública en Colombia*, op. cit., p. 24 s. Voir en droit français à propos de la « dénaturation » de la fiducie: M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, op. cit., n° 382 et s.

⁸⁰⁷ En droit français : Ph. CHAUVIRE, *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens*, op. cit., n° 224, p. 145-146. En droit colombien: L.G VELÁSQUEZ JARAMILLO, *Bienes*, op. cit., p. 337 ; A. VALENCIA ZEA et A.ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, t. II, *Derechos reales*, op.cit., n° 144, p. 398. Pour une analyse de la nature juridique de la tradition et sa nature causale en droit chilien : A.GUZMAN BRITO, *Derecho privado romano*, t. I, *Síntesis histórica del derecho romano*, Editorial jurídica de Chile, 1996, p. 584.

⁸⁰⁸ En droit français : M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (XI) », *LPA*, 13 mai 2016, n° 96, p. 6 et s. ; M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (III) », *LPA*, 14 mars 2016, n° 52, p. 7 et s. En droit colombien : M.-E. CAMACHO LOPEZ, *Cesión de créditos : del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, op. cit., p. 335.

italienne⁸⁰⁹ et la doctrine espagnole⁸¹⁰ où l'analyse de la cession de créance en un contrat ayant une cause variable est dominante.

Cette conclusion continue aussi à s'imposer en droit français malgré la disparition du mot « cause » avec la réforme issue de l'ordonnance du 10 février 2016. Rappelons que si le terme « cause » a disparu, il n'en est pas de même de la notion. En effet, la plupart des fonctions de la cause ont été reprises dont, notamment, celle d'être un instrument de qualification de l'opération juridique réalisée par les parties⁸¹¹.

282. La présentation qui vient d'être établie à propos de l'analyse de la cession en un contrat ayant une cause variable nous a permis de clarifier la signification de cette analyse et de déterminer les raisons pouvant l'expliquer. Il reste donc à déterminer sa portée.

§2- Portée de la théorie

283. En tant que contrat générique, la cession est l'acte juridique permettant de vendre, d'échanger ou de donner une créance. La cession permet également de réaliser l'apport en société ou la dation en paiement de celle-ci. Si la possibilité de réaliser ces différentes opérations est admise unanimement tant en droit français qu'en droit colombien, il n'en va pas de même quant à la possibilité de réaliser une cession de créance de droit commun à titre de garantie. Le droit français se montre réticent à admettre celle-ci alors que le droit colombien se montre réceptif à cette solution.

S'agissant du droit français, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé en 2006 qu'en dehors des cas expressément prévus par la loi, la cession de créance à titre de garantie devait être requalifiée en nantissement de créance. Par cet arrêt, la Cour de cassation a effectivement condamné le principe de la possibilité d'utiliser la cession de créance de droit commun aux fins de

⁸⁰⁹ R. ALESSI et V. MANNINO, *La circolazione del credito*, t. I, *Cessione « factoring » cartolarizzazione*, *op. cit.*, p. 15 ; M. BIANCA, *Diritto civile*, t. IV, *L'obbligazione*, *op. cit.*, n° 298, p. 587 : « L'idée selon laquelle la cession serait un contrat abstrait, productif de l'effet translatif indépendamment de la cause, a été élaborée par la doctrine allemande. Une telle doctrine ne peut pas cependant être suivie parce qu'elle s'explique par un modèle d'aliénation des droits réels qui est étranger à notre ordonnancement juridique. En effet, cela se fonde sur le principe de séparation qui distingue entre l'acte obligatoire causal et l'acte de disposition abstrait. Par contre, notre système se caractérise par l'unité du contrat de disposition, causal et translatif, et ce système opère également en matière de transfert de créances ».

⁸¹⁰ L. DÍEZ-PICAZO, « La tradición y los acuerdos traslativos en el derecho español », art. préc., p. 568 ; F. PANTALEÓN PRIETO, « Cesión de créditos », art. préc., p. 1037.

⁸¹¹ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 284, p. 233 ; O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article*, *op. cit.*, art. 1128, p. 170-172 ; N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, art. 1128, p. 34-35.

garantie⁸¹². Cette position a été confirmée par un arrêt du 26 mai 2010⁸¹³. Ainsi, l'utilisation de la cession de créance à titre de garantie n'est possible que dans les cas autorisés par le législateur, notamment dans l'hypothèse d'une cession Dailly⁸¹⁴ et d'une cession fiduciaire récemment introduite dans le Code civil. Même si une partie de la doctrine déplore cette décision, d'aucuns l'approuvent sur le fondement du *numerus clausus* des sûretés réelles⁸¹⁵.

Avec la récente réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 qui reconnaît la nature polyvalente de la cession de créance, sans consacrer pour autant expressément la possibilité de la réaliser à titre de garantie, le débat reste ouvert. Si certains affirment que la rédaction des dispositions nouvelles est favorable à l'admission de la cession de créance à titre de garantie⁸¹⁶, la doctrine majoritaire affirme le contraire. Beaucoup d'auteurs considèrent que si le législateur a décidé de garder silence à ce propos, nonobstant le débat autour de la question, celui-ci doit être interprété comme le rejet de la possibilité de réaliser une telle opération. En d'autres termes, si le législateur avait été favorable à la cession de créance à titre de garantie, il aurait disposé expressément en ce sens⁸¹⁷, à l'instar de l'avant-projet de réforme Catala, par exemple⁸¹⁸.

En droit colombien, à la différence du droit français, la possibilité de réaliser une cession de créance à titre de garantie est majoritairement admise⁸¹⁹. À côté de la possibilité de l'accomplir dans

⁸¹²Cass. com. 19 déc. 2006, *Bull. civ.* IV, n° 250 ; *RLDC*, n° 35, févr. 2007, p. 38, obs. J.-J. Ansault ; *JCP G*, 2007, I, 161, n° 16, obs. A.-S. Barthez ; Act. proc. coll. 2007, n° 72, obs. R. Bonhomme ; *JCP G*, 2007, II, 10067, rapp. M. Cohen- Branche et note D. Legeais ; *RDBF*, 2007, comm. 14, obs. F. J. Crédot et Th. Samin ; *RTD civ.* 2007, p. 160, obs. P. Crocq ; *JCP G*, 2007, I, 158, n° 26, obs. Ph. Delebecque ; *D.* 2007, p. 76, obs. X. Delpéch ; *RLDC*, n° 36, mars 2007, p. 29, note D. Houtcieff ; *Banque et droit*, n° 112, mars-avr. 2007, p. 61, obs. F. Jacob ; *RDC*, 2007, p. 273, obs. Y.-M. Laithier ; *D.* 2007, p. 344, note Ch. Larroumet ; *JCP E*, 2007, 1131, note D. Legeais ; *RTD com.* 2007, p. 217, obs. D. Legeais ; *Dr. et pat.*, n° 164, nov. 2007, p. 73, obs. J.-P. Mattout et A. Prüm ; *LPA*, 27 févr. 2007, n° 42, p. 10, note S. Prigent ; *Deffrénois* 2007, p. 448, obs. E. Savaux.

⁸¹³Cass. com. 26 mai 2010, n° 09- 13388, *Bull. civ.* IV, n° 94 ; *D.* 2010, p. 1340, obs. A. Lienhard, et p. 2201, note N. Borga ; *RTD civ.* 2010. 597, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2010, p. 595, obs. D. Legeais ; *RDBF*, 2010, comm. 176, obs. A. Cerles ; *Dr. et pat.*, n° 195, sept. 2010, p. 94, obs. Ph. Dupichot.

⁸¹⁴J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, *op. cit.*, n° 526 s.

⁸¹⁵Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, Préf. M. Grimaldi, Economica, 2015, n° 364, p. 367-368 ; Ch. GIJSBERS, « Le nouveau visage de la cession de créance », art. préc., p. 49.

⁸¹⁶Voir par exemple : B. FAGES, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 544, p. 459.

⁸¹⁷A. GOUÉZEL, « Les opérations translatives », *AJCA*, 2016, 135, qui affirme qu'il est regrettable que l'ordonnance n'ait pas pris parti à propos de la cession à titre de garantie et qu'on peut y voir une approbation de la décision de 2006 qui a condamné une telle cession ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 851, p. 729 : « Les articles 1321 et suivants ne l'interdisent pas, mais ne contiennent aucune disposition à cet égard, de sorte que la jurisprudence, qui fermait la porte à une telle utilisation, pourrait être maintenue » ; L. ANDREU et N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, 1^e éd., Gualino éditeur, Lextenso éd., 2016, n° 2077, p. 695.

⁸¹⁸Voir en ce sens l'article 1257-1 de l'avant projet de réforme Catala.

⁸¹⁹F. TERNERA BARRIOS, « Propiedad como garantía », *Estudios sobre garantías reales y personales: libro en homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga*, t. I, Santiago de Chile, Juridica, 2009, n° 4, p. 416 ; F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, *op. cit.*, n° 360, p. 457.

le cadre du fidéicommiss du Code civil⁸²⁰ ou de la fiducie du Code de commerce⁸²¹, le législateur a récemment consacré expressément une telle potentialité dans la loi du 20 août 2013 relative à la modification du régime général des garanties mobilières⁸²². Ainsi, coexistent en droit colombien la cession fiduciaire de créance, le fidéicommiss de créance et la cession de créance à titre de garantie.

284. Cependant, la réticence à admettre le recours à la cession de créance de droit commun à titre de garantie n'est pas exclusive au droit français. Un nombre important d'auteurs espagnols partage la vision de la Cour de cassation française. Le principal argument esquissé par la doctrine espagnole consiste à dénoncer l'inexistence d'une cause suffisante servant de justification au transfert de créance⁸²³. Plus précisément, ces auteurs affirment que le transfert de propriété n'étant pas la finalité ultime dans le cas de constitution d'une garantie, mais un simple moyen pour atteindre un but différent, la cession de créance aux fins de garantie ne devrait pas être admise.

285. Pour notre part, nous considérons que l'utilisation de la cession de créance de droit commun à titre de garantie est défendable d'un point de vue théorique. En effet, à partir du moment où l'on admet que la cession de créance est un contrat ayant une cause variable, la possibilité de transférer la créance aux fins de garantie doit être reçue. Il est intéressant de noter, à ce propos, que c'est grâce au débat autour de la cession à titre de garantie que la doctrine italienne a fait appel à l'analyse de la cession de créance en un contrat à cause variable. Ainsi, compte tenu de ce que la constitution d'une garantie par le biais d'un transfert de propriété ne porte pas atteinte à des règles d'ordre public ni aux bonnes mœurs, la doctrine italienne reconnaît qu'elle constitue une cause suffisante servant de fondement au transfert d'une créance⁸²⁴.

En revanche, si le recours à la cession de créance de droit commun à titre de garantie peut poser certaines difficultés, les raisons en sont plutôt d'ordre pratique. En effet, la réalisation d'une

⁸²⁰ Le législateur colombien définit le fidéicommiss comme étant une limitation de la propriété compte tenu de ce que la propriété fiduciaire est celle dont une personne, le fiduciaire, aurait l'administration mais serait assujettie à la charge de passer à une autre personne, le fidéicommissaire, en raison de la vérification d'une condition. Voir en ce sens l'article 793 et s. du Code civil colombien. Cependant, compte tenu de ce que la loi n'interdit pas la constitution d'un fidéicommiss sur les biens incorporels, on peut conclure que les parties peuvent utiliser ce mécanisme pour réaliser une cession de créance à titre de garantie. Il est pourtant à signaler que le recours à un tel mécanisme pourrait se voir découragé par l'interdiction qu'une même personne ait en même temps les qualités de fiduciaire et fidéicommissaire.

⁸²¹ En ce qui concerne la fiducie du Code de commerce, celle-ci pourrait aussi être utilisée afin de céder des créances en garantie. Cependant, il existerait toujours la même restriction par rapport à l'impossibilité de ce qu'une même personne puisse être fiduciaire et bénéficiaire. Voir l'article 1244 du Code de commerce selon lequel « *Il sera inefficace toute stipulation prévoyant que le fiduciaire acquerra définitivement, en raison du negotium fiduciaire, la propriété des biens objet de la fiducie* ».

⁸²² Nous aurons l'occasion de faire quelques remarques particulières lors de l'étude du rapport entre les parties dans le cadre de la cession de créance : V. *infra* n° 697 et n° 732 et s.

⁸²³ F. PANTALEÓN PRIETO, « Cesión de créditos », art. préc., p. 1039; J.-V. GAVIDIA SÁNCHEZ, « La formación del sistema francés codificado de cesión de créditos », art. préc., n° 4, p. 1094.

⁸²⁴ R. ALESSI et V. MANNINO, *Trattato delle obbligazioni, La circolazione del credito*, t. I, *Cessione, « factoring », Cartolarizzazione*, op.cit., 2008, n° 2, p. 15 ; M. BIANCA, *Diritto civile*, t. IV, *L'obbligazione*, Giuffrè editore milano, 1991, n° 298, p. 587.

cession de créance à titre de garantie exige la consécration de dispositions spéciales relatives au principe de spécialité de la garantie, au dénouement de celle-ci et à des règles relatives à l'articulation de la procédure collective du cédant par exemple⁸²⁵. Elle rend également sans intérêt certains éléments du régime juridique prévu par le législateur, telle la garantie du cédant⁸²⁶.

286. En tout état de cause, l'appréhension de la cession de créance en tant que contrat polyvalent ou générique au sens que l'on vient de souligner, implique d'admettre qu'elle a été envisagée, par nos législateurs civils, comme un contrat incomplet. Outre les règles propres à la cession, il convient de tenir compte des dispositions propres à l'opération voulue par les parties. Si la cession est réalisée à titre de vente par exemple, les parties ne pourront pas ignorer les restrictions particulières, prévues par le législateur, quant à la capacité de conclure ce contrat⁸²⁷. De même, elles seront tenues, le cas échéant, d'observer les conditions spécifiques soit de la donation⁸²⁸, soit de l'apport en société⁸²⁹, ou encore celles de la dation en paiement⁸³⁰. Cela explique, par exemple, que les règles relatives à la nullité du paiement d'une dette non échue réalisé pendant la période suspecte doivent s'appliquer

⁸²⁵ Ch. GIJSBERS, « Le nouveau visage de la cession de créance », art. préc., p. 49 : « Faute d'une précision similaire dans le texte définitif, il nous paraîtrait aventureux de prétendre que le législateur a entendu valider l'usage de la cession de droit commun dans une finalité de sûreté, à laquelle les textes ne sont d'ailleurs pas adaptés en l'état (rien n'est dit, par exemple, du principe de spécialité quant à la créance garantie, du dénouement de la sûreté, de l'articulation avec la procédure collective du cédant, etc.) ». C'est peut-être pour cette raison que le récent avant projet de réforme des sûretés consacre expressément la possibilité de se servir de la cession de créance de droit commun pour réaliser une cession à titre de garantie tout en consacrant deux règles pour tenir compte des spécificités de l'opération : le respect du principe de spécialité et l'obligation de restitution du cessionnaire après complet paiement. Voir à propos de ces règles et leur finalité : <http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-suretes.pdf> ; M. GRIMALDI, « Présentation d'un avant projet de réforme des sûretés », *D.* 2017, p. 1717.

⁸²⁶ Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, *op. cit.*, n° 741, p. 540.

⁸²⁷ En droit colombien : voir les articles 1852 à 1856 du Code civil concernant l'interdiction qui pèse sur certaines personnes, par exemple les tuteurs et curateurs, d'acheter les biens de leurs pupilles (art. 1885). Il en va de même de la prohibition pour les agents publics d'acheter les biens vendus de leur ministère (art. 1854 du Code civil). En droit français : l'article 1596 du Code civil interdit aux tuteurs et mandataires de se rendre adjudicataires des biens de ceux dont ils ont la tutelle ou des biens qu'ils sont chargés de vendre.

⁸²⁸ Nous reviendrons sur cet aspect lors de l'étude des conditions de formation de la cession de créance. À présent, il suffit de signaler que cette précision a une importance particulière en droit français après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016. En effet, certains auteurs affirment que la cession de créance étant devenue un contrat autonome, il ne faudrait pas, par exemple, respecter l'exigence de l'acte authentique lorsqu'elle est faite à titre de donation : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 859, p. 736.

⁸²⁹ En droit colombien l'apport d'une créance à une société est soumis à une disposition spéciale en ce qui concerne la garantie due par le cédant. En effet, l'article 129 du Code de commerce dispose que le cédant garantit non seulement l'existence de la créance mais également sa légitimité ainsi que la solvabilité du débiteur. En ce qui concerne le droit français, le principe est que l'apporteur d'une créance ne garantit pas la solvabilité du débiteur de la créance cédée. Il se contente de garantir l'existence de la créance conformément l'article 1693 du Code civil.

⁸³⁰ La doctrine française reconnaît que la dation en paiement était évoquée *in fine* dans l'ancien l'article 1243 du Code civil. Une telle possibilité est reconnue expressément à l'alinéa 2 du nouvel article 1342 issu de l'ordonnance du 10 février 2016 (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, p. 715). D'une manière générale, la dation en paiement peut être définie comme l'accord en vertu duquel le créancier accepte de recevoir en paiement une autre chose que ce qui était initialement convenu (Cass. Ass. Plé. 22 avril 1974, *JCP G* 1974, II, 17876, note A. Bénabent). Parce qu'elle éteint une obligation préexistante, la dation diffère en principe du contrat de vente, mais elle s'en rapproche en ce sens que les parties conviennent d'éteindre la dette de l'un par le transfert de propriété d'un bien au profit de l'autre. Au lieu de fournir la prestation prévue, le débiteur se libère en transférant la propriété d'un autre bien. Outre son effet extinctif, la dation produit dans ce cas un effet translatif comparable à celui d'une vente : P. PUIG, *Contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 76, p. 78 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, contrats spéciaux*, 7^e éd., LexisNexis, 2013, n° 85, p. 81. En droit colombien : art. 1627 du Code civil.

toutes les fois où la cession de créance est faite à titre de paiement⁸³¹. En définitive, la cession de créance n'est pas un contrat indépendant ou autonome⁸³².

Cependant, la cession reste un contrat spécial et, par conséquent, elle mérite une réglementation propre. La particularité de l'objet de la cession -la créance, bien incorporel dont le transfert a d'importantes incidences sur l'obligation, lien juridique-, justifie qu'on lui accorde une réglementation propre, indépendamment du fait qu'on doive aussi appliquer d'autres dispositions en fonction de l'opération voulue par les parties.

287. **CONCLUSION DE LA SECTION II.** La présentation de la cession de créance en tant que contrat ayant une cause variable est fondamentale, car elle met en avant le fait que la cession permet la réalisation de nombreuses opérations juridiques. Ainsi, si la cession de créance peut abriter des opérations variées, elle ne s'identifie exclusivement à aucune. C'est là une différence fondamentale entre la cession de créance et les autres contrats permettant le transfert d'un bien, soit directement comme en droit français, soit indirectement comme en droit colombien. Cette particularité de la cession de créance s'explique par l'altération de sa nature juridique dans le processus de sa réception dans nos législations modernes. Tout porte à croire qu'en droit romain, la cession était appréhendée comme un acte exclusivement de disposition de créances, *i.e.* un mode d'acquisition de biens.

Cependant, la généralisation de la tradition intellectuelle, mode d'acquisition des biens, n'a pas été sans conséquences sur l'analyse de l'acquisition des créances. Ainsi, la reconnaissance du principe du transfert *solo consensu* en matière d'acquisition de biens par le Code de Napoléon a sûrement conduit à la confusion entre la cession, mode d'acquisition de créance, et la vente, titre ou cause d'acquisition de celle-ci. L'appréhension de la cession en tant que titre ou cause juridique de l'acquisition serait ainsi née et comme le propre d'un mode d'acquisition est de permettre l'acquisition de la propriété en raison de différentes causes, il a fallu reconnaître le caractère polyvalent de la cession.

C'est précisément ce caractère polyvalent de la cession qui justifie la possibilité d'avoir recours à celle-ci pour réaliser une grande variété d'opérations, y compris la constitution d'une garantie. Cependant, si d'un point de vue théorique le recours à la cession de créance de droit commun à titre de garantie est possible, quelques difficultés pratiques peuvent faire douter de la pertinence d'une telle opération. On peut constater que la réglementation de la cession de droit commun ne permet pas, par

⁸³¹ Voir en ce sens l'article L. 632-1, I, 3 du Code de commerce français.

⁸³²M. REQUEJO ISIDRO, *La cesión de créditos en el comercio internacional*, *op. cit.*, n° 20, p. 39-40. Voir cependant la position d'un auteur colombien qui considère que la cession de créance serait un contrat autonome : A. PEREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, vol. 3, part. II, *Clasificación, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones*, obra revisada y actualizada por Alberto Tamayo Lombana, *op. cit.*, n° 480, p. 295.

exemple, de déterminer le dénouement de la garantie ou l'articulation de la procédure collective du cédant.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

288. La cession de créance, tel qu'appréhendée par le droit français et le droit colombien, est un contrat ayant pour finalité, respectivement directe ou indirecte, le transfert d'une créance du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire. Cette présentation souligne deux traits essentiels de la cession de créance : il s'agit d'un acte volontaire et d'un acte entre vifs.

S'agissant de sa nature volontaire, sa mise en évidence est fondamentale pour deux raisons. La première est qu'elle permet de marquer la différence entre la cession de créance et d'autres opérations considérées comme translatives de la créance, telle la saisie-attribution du droit français. La seconde raison est qu'elle révèle le mal-fondé de la distinction entre la cession de créance et d'autres opérations volontaires de transfert de créance, telle la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris*. Celle-ci étant un accord de volontés ayant pour objet le transfert de la créance, son identification à la cession de créance ne devrait pas faire de doute.

Quant à son caractère entre vifs, il est unanimement reconnu en droit colombien. Cela s'explique par l'analyse dominante de la cession en un acte de tradition, mode d'acquisition des biens par acte entre vifs, de sorte qu'aucun acte de transmission de créance à cause de mort n'est analysé comme un acte de cession. En revanche, une incertitude existait en droit français avant l'ordonnance du 10 février 2016. Certains auteurs analysaient le legs d'une créance à titre particulier comme étant une cession de créance. Cependant, en consacrant expressément la nature contractuelle de la cession de créance, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont mis fin à cette incertitude. Dans tous les cas, indépendamment de la consécration expresse de la nature contractuelle de la cession, on a pu montrer qu'elle restait essentiellement un acte entre vifs. La lecture des dispositions qui la réglementent révèle que la cession de créance est avant tout un acte de disposition actuel et irrévocable, caractéristiques incompatibles avec les actes de disposition à cause de mort.

289. Mais si la mise en avant du caractère volontaire de la cession et du fait d'être un acte entre vifs est nécessaire, elle n'est pas suffisante pour révéler toute l'originalité de cette opération. En effet, celle-ci réside dans sa vocation à abriter une grande variété d'opérations, ce qui s'explique par l'évolution de la cession de créance, dès sa reconnaissance dans la pratique du droit romain et jusqu'à la consécration par nos législations modernes. En effet, bien que nos législateurs civils aient appréhendé la cession de créance en tant que contrat translatif ou « *traslaticio* » au sens de titre ou fondement d'acquisition de la propriété, il est fort probable que cela n'ait pas été le cas dans le droit

romain. Tout indique que pour les Romains, la cession n'était qu'un mode d'acquisition de la créance, autrement dit, un acte permettant l'exécution d'une obligation de donner, celle-ci trouvant son origine dans un acte précédemment conclu, plus précisément le titre d'acquisition. Une telle conception s'accordait effectivement avec le schéma général de transfert des biens en droit romain, lequel distinguait clairement entre le titre ou cause juridique de l'acquisition, acte obligationnel, et le mode d'acquisition, acte ou fait attributif de la propriété. C'est d'ailleurs la raison qui explique pourquoi la cession est appréhendée comme un acte abstrait de disposition au sein de certains systèmes juridiques, tels le droit allemand et d'autres systèmes juridiques d'inspiration germanique.

La reconnaissance du principe du transfert *solo consensu* en matière d'acquisition de biens par le Code de Napoléon a sûrement conduit à une confusion entre la cession, mode d'acquisition des créances, et la vente, titre ou cause d'acquisition de celle-ci. L'appréhension de la cession en tant que titre ou cause juridique de l'acquisition serait alors apparue.

Cependant, le changement de conception de la nature juridique de la cession de créance ne pouvait s'opérer sans d'autres modifications importantes. Ainsi, la cession est devenue un acte juridique générique pouvant abriter des causes ou finalités fort différentes. C'est donc en raison de sa place originaire parmi les modes d'acquisition, lesquels se caractérisaient par le fait de permettre l'exécution de différents actes juridiques, que s'explique l'analyse de la cession en un contrat ayant une cause variable.

La conception du Code Napoléon selon laquelle la cession est un titre d'acquisition est ensuite passée au Code civil chilien, puis au Code civil colombien. Notons que le mérite de Bello est d'avoir expressément reconnu, à la différence des rédacteurs du Code Napoléon, le caractère polyvalent de la cession. La consécration de la possibilité de réaliser la cession à des « titres » différents en témoigne.

De plus, la récente réforme issue de l'ordonnance du 10 février 2016 en droit français vient conforter cette analyse, car le législateur prévoit désormais expressément la possibilité de réaliser la cession de créance à titre onéreux ou gratuit, sans indiquer aucune opération déterminée.

CONCLUSION DU TITRE II

290. La détermination de la nature juridique de la cession de créance analysée du point de vue de droit des biens n'est pas une tâche aisée. À la différence de la plupart des contrats consacrés dans nos législations civiles, la cession de créance ne peut être identifiée à aucune opération en particulier. Pour cette raison, ni la tentative d'assimilation de la cession à un contrat de vente conformément la conception du Code Napoléon ni celle d'identification de la cession à un acte de tradition, conformément la vision dominante en droit colombien, ne mérite notre approbation.

291. C'est grâce à un regard croisé entre le droit français et le droit colombien que l'on peut mieux comprendre les raisons nous conduisant à rejeter ces deux conceptions.

En ce qui concerne le refus d'assimilation de la cession de créance à un contrat de vente, la raison n'est pas, contrairement à ce qui est soutenu par une partie de la doctrine, l'impossibilité pour les créances d'être objets de propriété. Nous avons montré que, conformément à nos législations civiles, les créances peuvent bel et bien être objets de propriété. Si la cession ne doit donc pas être identifiée purement et simplement au contrat de vente, cela s'explique par le caractère polyvalent de la cession de créance. En réalité, la cession de créance permet la réalisation d'une grande variété d'opérations, telles qu'une vente, une donation ou même un apport en société, etc. L'ordonnance du 10 février 2016 vient par ailleurs confirmer cette analyse, car les rédacteurs ont expressément indiqué la vocation de la cession à transmettre à titre onéreux ou gratuit, sans préciser pour autant aucune opération en particulier.

Quant au rejet de l'identification de la cession de créance en un acte de tradition ou mode d'acquisition de créance, la raison en est que la cession, telle qu'appréhendue par le législateur colombien, n'est pas, à la différence de l'acte de tradition, un acte exclusivement de disposition. De nombreux indices signalent que le législateur colombien a appréhendé la cession de créance comme un titre d'acquisition, *i.e.* la cause juridique de l'acquisition. Outre la consécration de la cession de créance dans un chapitre indépendant de celui de la vente, la reconnaissance expresse de la possibilité de réaliser la cession de créance à des « titres » différents en témoigne.

292. Malgré ce caractère polyvalent de la cession de créance, il convient néanmoins d'exclure de son champ tout acte de disposition de la créance à cause de mort. Soulignons que le doute

était permis en droit français avant l'ordonnance du 10 février 2016, une partie de la doctrine considérant alors que le legs de la créance à titre particulier devait être analysé en une cession de créance. Toutefois, le fait que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 se soient prononcés expressément en faveur de la nature contractuelle de la cession de créance a levé tout doute à ce sujet. Quant au droit colombien, l'exclusion du champ de la cession de créance de tout acte de disposition à cause de mort ne faisait pas de doute. La vision dominante en droit colombien selon laquelle la cession de créance serait un acte de tradition exclut du champ de la cession tout acte de transfert à cause de mort.

En définitive, la cession est un accord de volontés ayant pour finalité ultime de transférer la créance du patrimoine du cédant dans celui du cessionnaire ; soit qu'elle opère le transfert directement, comme en droit français, soit qu'elle le fasse indirectement, comme en droit colombien. Il s'agit donc d'un acte de disposition du créancier en tant que propriétaire de créance, c'est pourquoi la distinction classiquement opérée entre la cession de créance et la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* n'est pas convaincante. Celle-ci n'est, en effet, qu'un accord de volontés par lequel le créancier transfère la créance à un tiers qui ne fait que l'acheter. Toutefois, la véritable originalité de la cession de créance réside dans son caractère polyvalent. La cession permet en effet de réaliser de nombreuses et différentes opérations juridiques, telles la vente, la donation ou même la dation en paiement de la créance, entre autres.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

293. Contrairement à une vision classique, la cession de créance ne résiste pas à une analyse unitaire ; autrement dit, à une appréhension, soit exclusivement du point de vue du régime général des obligations, soit exclusivement du point de vue du droit des biens, soit exclusivement du point de vue des contrats spéciaux. La raison en est que, contrairement à une analyse classique, la créance et l'obligation ne se confondent pas. Certes, la créance et l'obligation ont un rapport particulier, mais la première n'est pas qu'une simple représentation de la seconde. L'obligation est un lien juridique, une relation entre deux sujets de droit, et non un simple rapport entre deux patrimoines. La créance, droit subjectif patrimonial, est un effet de l'obligation. C'est donc en ayant à l'esprit cette précision que l'on peut mieux comprendre la double nature juridique de la cession de créance.

Si la créance est un effet de l'obligation, il est certain que le transfert de la première aura d'importantes incidences sur la seconde. Mais contrairement à ce qu'on entend souvent, la cession de créance n'entraîne pas un transfert d'obligation. L'obligation et la créance étant deux entités différentes, le transfert de la créance ne se traduit pas par un transfert d'obligation. En revanche, le transfert de la créance opère une modification de l'obligation. Si l'obligation est avant tout un lien juridique entre deux sujets, le changement du créancier provoqué par la cession ne peut être complètement anodin à son égard.

294. Mais comme la créance est un droit subjectif patrimonial, il importe de ne pas négliger le fait qu'en réalisant la cession, le créancier réalise un acte de disposition sur un bien incorporel ; un acte de disposition qui a été appréhendé de manière particulière par nos législateurs civils. Un regard croisé entre le droit français et le droit colombien nous a permis de montrer qu'à la différence d'autres actes translatifs (droit français) ou « *traslativos* » (droit colombien), la cession de créance est un contrat polyvalent. Cela signifie que la cession permet la réalisation d'une grande variété d'opérations, à titre onéreux ou à titre gratuit. Il est même possible, d'un point de vue théorique, de réaliser une cession de créance à titre de garantie. Cependant, certaines difficultés d'ordre pratique peuvent limiter une telle possibilité, par exemple, la nécessité de règles particulières concernant le dénouement de la garantie ou l'incidence d'une telle opération sur la procédure collective du cédant.

Dans tous les cas, cette présentation a la vertu de mettre en avant la nécessité de qualifier de cession de créance tout accord de volontés ayant pour finalité de transférer une créance du patrimoine du créancier à celui d'un tiers ; indépendamment de l'opération spécifique recherchée par

les parties. C'est pourquoi la distinction classique entre la cession de créance et la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* n'est pas convaincante. En effet, cette dernière n'est qu'un accord de volontés par lequel le créancier transfère sa créance à un tiers qui paie le prix de l'acquisition de la dette et non la dette elle-même.

295. Ce constat concernant la nature juridique dualiste de la cession de créance n'a pas qu'un intérêt théorique. Si la mise en relief de son caractère modificatif et unilatéral nous permet de mieux comprendre les règles relatives à la situation du débiteur de la créance cédée, le fait d'insister sur la nature translative et polyvalente de la cession est indispensable pour comprendre les dispositions relatives au rapport entre les parties, ainsi que celles concernant les parties et les tiers. Ainsi, l'identification de la double nature juridique de la cession de créance ne sera pas sans conséquences sur son régime. Il convient donc de s'attarder sur la portée de la double nature juridique de la cession de créance.

PARTIE II

LA PORTÉE DE LA DOUBLE NATURE JURIDIQUE DE LA CESSION DE CRÉANCE

296. L'intérêt de l'analyse dualiste de la cession de créance que nous proposons n'est pas que théorique ; elle a effectivement des conséquences pratiques importantes quant à l'appréhension du débiteur dans le cadre d'une cession de créance (Titre I), mais aussi à l'égard du rapport entre les parties et les tiers (Titre II).

Titre I - A l'égard du débiteur de la créance cédée

Titre II - A l'égard des parties et des tiers

TITRE I

A L'ÉGARD DU DÉBITEUR DE LA CRÉANCE CÉDÉE

297. L'abandon de l'analyse classique selon laquelle la cession de créance serait exclusivement un contrat translatif de créance ou d'obligation envisagée activement a d'importantes incidences sur la situation du débiteur de la créance cédée. Cet abandon a tout d'abord une influence directe sur la détermination de la qualité de ce dernier. En effet, l'approche dualiste de la cession de créance proposée permet de mieux cerner la position du débiteur de la créance cédée : il est le sujet passif d'une modification subjective d'obligation (Chapitre I). Ensuite, cette analyse binaire est fondamentale, car c'est l'appréhension du débiteur en tant que sujet passif d'une modification subjective d'obligation que justifie le besoin de reconnaître une protection spéciale en sa faveur (Chapitre II).

Chapitre I

Le débiteur, sujet passif de la modification de l'obligation

298. La vision classique, selon laquelle la cession de créance n'est qu'un acte de transfert d'obligation envisagée activement explique que la détermination de la qualité du débiteur se soit toujours articulée autour des catégories relatives à l'acte translatif (**Section I**). Cependant, une telle approche n'est pas entièrement convaincante. Elle occulte, en effet, la particularité du statut du débiteur en tant que partie à un lien d'obligation qui sera modifié par la cession de créance. L'abandon de la perception du débiteur à travers le prisme de l'acte translatif est donc souhaitable (**Section II**).

Section I- La perception du débiteur à travers le prisme de l'acte translatif

299. En partant de la vision unitaire de la cession de créance en tant qu'acte exclusivement translatif, les doctrines française et colombienne proposent différentes catégories relatives à la qualité du débiteur. Le choix d'en retenir une plutôt qu'une autre n'est pas sans conséquences pratiques. Il convient donc de présenter, en premier lieu, les différentes qualifications habituellement proposées (§1) afin de procéder, en second lieu, à l'analyse de leurs enjeux pratiques (§2).

§1- Les qualifications proposées

300. La distinction entre parties et tiers correspond à une classification classique et fondamentale du droit privé, français comme colombien. Elle s'applique à tous les domaines, notamment celui du droit des contrats et des obligations⁸³³. Cette circonstance explique qu'au moment de s'interroger sur la qualité du débiteur, le premier réflexe soit de choisir, entre les deux catégories mentionnées, celle qui correspondrait le mieux au débiteur⁸³⁴. Cependant, un auteur contemporain français, qui a consacré sa thèse à l'analyse de la situation du débiteur dans les opérations portant sur les créances, a mis en évidence les limites de cette distinction classique entre parties et tiers pour la détermination de la qualité du débiteur. Cet auteur considère, en effet, que ce dernier devrait être appréhendé d'une manière particulière ; plus précisément, il suggère de qualifier le débiteur d'« objet » du transfert⁸³⁵.

⁸³³ G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, thèse préc., 2008, n° 65, p. 66.

⁸³⁴ M. GRIMALDI, « Le contrat et les tiers », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz. Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006, p. 163-181.

⁸³⁵ G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, thèse préc., n° 61, p. 63.

301. Afin de bien cerner la portée de l'analyse de la qualité du débiteur à partir de l'appréhension de la cession en tant qu'acte translatif, il convient d'examiner tout d'abord la conception selon laquelle le débiteur serait un tiers à la cession (A), avant d'étudier l'approche du débiteur en tant que partie à la cession (B). Enfin, nous aurons l'occasion de procéder à quelques remarques quant à la qualification du débiteur d'objet de celle-ci (C).

A- Le débiteur, tiers à la cession de créance

302. La qualification de tiers attribuée au débiteur dans le cadre d'une cession de créance est accueillie favorablement par la doctrine majoritaire, tant en droit français⁸³⁶ qu'en droit colombien⁸³⁷. Cependant, les arguments invoqués au soutien de cette conception, dont quatre principaux que nous pouvons mentionner, ne font pas l'unanimité.

303. Le premier argument tient à la participation du débiteur à l'acte de cession. Étant donné que le débiteur ne concourt pas à la conclusion de la cession de créance, la qualification de tiers s'imposerait de toute évidence. Un nombre important d'auteurs, français⁸³⁸ et colombiens⁸³⁹, défendent cette conception.

304. Le deuxième argument, complémentaire du premier, concerne les effets de la cession à l'égard du débiteur. Le débiteur devrait être qualifié de tiers à la cession dans la mesure où celle-ci n'aurait qu'un effet d'opposabilité à son égard. Autrement dit, si le débiteur ne peut échapper au changement de créancier entraîné par la cession, cela s'expliquerait par le fait que le contrat s'impose au tiers, y compris au débiteur, en tant que fait social et non en raison de la force obligatoire du

⁸³⁶ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Régime général*, *op.cit.*, n° 17, p. 9 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil*, t. III, *Les obligations*, *op.cit.*, n° 370, p. 368 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Droit civil*, t. II, *Les obligations, Le régime*, *op.cit.*, nos 351 - 356, p. 314-315 ; Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, *op.cit.*, n° 828, p. 6663 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op.cit.*, n° 1413, p. 799 ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, *op.cit.*, n° 434, p. 159 ; E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, *op.cit.*, n° 668, p. 405 ; Ph. DELMAS-SAINT HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique*, Préf. J. Hausser, LGDJ, 2000, p. 122-123 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Cours de droit civil, Obligations, Régime*, *op.cit.*, n° 149, p. 266.

⁸³⁷ G. OSPINA FERNANDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, *op.cit.*, n° 461, p. 300 ; J. SUESCÚN MELO, *Derecho privado, Estudios de Derecho civil y comercial contemporáneo*, t. I, *op.cit.*, p. 19 ; F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones, concepto, estructura, vicisitudes*, I, *op.cit.*, n° 335, p. 435 ; M. CASTRO DE CIFUENTES, « Transmisión de las obligaciones », art.préc., p. 72 ; E. GONZÁLEZ GÓMEZ, « Cesión de créditos », art. préc., p. 198.

⁸³⁸ G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Droit civil*, t. II, *Les obligations, Le régime*, *op.cit.*, n° 356, p. 317 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1279, p. 1327.

⁸³⁹ A. TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones, El acto o negocio jurídico y otras fuentes de obligaciones*, *op. cit.*, n° 291, p. 496 ; J. SUESCÚN MELO, *Derecho privado, Estudios de Derecho civil y comercial contemporáneo*, t. II, *op. cit.*, p. 546.

contrat⁸⁴⁰. Certes, le débiteur aurait un intérêt tout particulier à la cession, mais le fait qu'il se voit imposer le changement de créancier comme conséquence de la cession ne s'explique que par l'opposabilité de celle-ci et non par son effet obligatoire⁸⁴¹.

305. Le troisième argument concerne les facultés du débiteur au regard du contrat de cession. Il s'agit surtout d'un critère mis en évidence par une partie importante de la doctrine française. Il consiste à relever que si la qualité de tiers doit être attribuée au débiteur, cela résulterait du fait qu'il ne dispose pas de la faculté de modification du contrat de cession, ni de celle d'y mettre fin⁸⁴². Même si en droit colombien on ne trouve pas de développements très poussés à ce propos, un courant important de la jurisprudence⁸⁴³ et de la doctrine⁸⁴⁴ n'hésite pas à insister, pour conforter la qualité de

⁸⁴⁰ D. PARDOEL, *Les conflits de lois en matière de cession de créance*, op. cit., n° 196, p. 102 : « Or il est possible de démontrer que l'établissement d'un droit personnel entre le cédé et le cessionnaire ne relève pas forcément de l'exception à l'article 1165 du Code civil mais qu'il s'agit d'une manifestation de l'opposabilité de la cession de créance à l'égard du débiteur cédé ». L'auteur ajoute plus loin que « l'effet direct visé par l'article 1165 du Code civil consiste à créer des obligations ou à transmettre des droits. La cession de créance a bien un effet créateur dans les patrimoines respectifs du cédant et du cessionnaire. Selon le type d'opération que les parties ont voulu réaliser, le cessionnaire sera tenu de payer un prix, de rembourser un prêt, le cédant devra garantir l'existence de la créance, voire la solvabilité du cédé etc. Elle a de plus un effet translatif. La créance passe du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire. Cet effet translatif consiste à substituer le cessionnaire au cédant. Certes, cela aura des conséquences pour le débiteur cédé, mais ces conséquences seront dues au rayonnement de la situation juridique du cessionnaire sur la créance cédée (et à la fin corrélatrice de l'influence du patrimoine du cédant sur la créance) et non au contrat de cession lui-même. Par conséquent, on peut soutenir que le contrat de cession de créance a bien, à l'égard du débiteur cédé, un effet d'opposabilité et non un effet créateur ou translatif. » (op. cit., n° 200, p. 103) ; Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique*, op. cit., p. 293 : « En définitive, c'est parce que le débiteur cédé est partie au lien d'obligation cédé ou même au contrat générateur de la créance cédée qu'on lui discute la qualité de tiers à l'acte de cession. En réalité, il est tiers à la cession à la conclusion de laquelle il n'a pas consenti ; en revanche, il est un tiers intéressé « par la nature des choses » dans la mesure de son lien avec l'une des parties contractantes-le cédant- et avec l'objet même de l'acte de cession. Si l'opposabilité développe des effets redoutables à l'égard du débiteur cédé, c'est en raison de sa qualité de débiteur d'une des parties à l'acte de cession. De la même façon que la loi contraint certains tiers au titre de la solidarité passive à participer à l'exécution d'un contrat, l'opposabilité de cession de créance oblige directement le débiteur cédé, dans la mesure où elle a pour objet et pour effet de lui imposer un nouveau créancier » (nous soulignons) ; A. WEILL, note sous Cass. Civ. 1^e, 20 juin 1938, DP. 1939, 1, p. 26. D'une manière implicite en droit colombien : F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones, concepto, estructura, vicisitudes*, op. cit., n° 335, p. 435 : « La cession, efficace inter partes (cédant et cessionnaire) dès la conclusion du contrat (arts. 1959 [ley 57 de 1887] c.c), n'est pas opposable aux tiers, en commençant par le débiteur en tant que premier intéressé à connaître le changement du sujet actif pour la validité de son paiement (art. 1634 c.c) » (nous soulignons).

⁸⁴¹ A. SERIAUX, *Droit des obligations*, op. cit., n° 169, p. 617 ; E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op. cit., n° 668, p. 405 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, op. cit., n° 373, p. 370, note 2 : « Cette obligation du débiteur à l'égard du cessionnaire n'est pas contraire à l'effet relatif du contrat. C'est une conséquence de l'opposabilité de la cession, opposabilité qui est en l'occurrence renforcée ».

⁸⁴² J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, op. cit., n° 298, p. 321 : « De cette absence de consentement, on déduit ordinairement que le débiteur est tiers à la cession, même s'il en subit les effets puisqu'il sera tenu de payer le cessionnaire et non son créancier primitif (...). Il n'est pas contestable que le cédé doit subir les effets de la cession, même si les conséquences du changement de créancier sont limitées par la règle de l'opposabilité des exceptions. Pourtant, il conserve en réalité la qualité de tiers par rapport au contrat ayant opéré transmission de la créance. En effet, on a montré que pour avoir la qualité de partie à un contrat, il faut avoir le droit de le modifier ou d'y mettre fin par un autre accord de volontés. Or, le débiteur ne peut ni modifier ni mettre fin au contrat ayant opéré translation de la créance, même avec l'assentiment du cessionnaire ou du cédant ». Comme un auteur l'a souligné, les prérogatives dont il s'agit dans la proposition de M. Ghestin ne sont ni le pouvoir de demander l'annulation, ni la faculté de demander la résolution judiciaire d'un contrat car un tiers peut, dans certains cas, engager ces actions : E. JEULAND, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, op. cit., n° 198, p. 164.

⁸⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 12 septembre 1952, GJ LXVIII, M.R.: Pedro Castillo, p. 63 : « Le débiteur a alors le droit d'invoquer à l'encontre du cessionnaire tout ce qu'il aurait pu invoquer à l'encontre du cédant, même l'inexistence ou la nullité de l'obligation exigée, mais il n'a pas le droit de discuter la validité du contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire, puisqu'il n'est pas partie audit contrat et celui-ci ne lui nuit pas » ; Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 31 juillet 1941, GJ LII, M.R.: Isaías Cepeda, p. 1-12.

⁸⁴⁴ V. not. F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones, concepto, estructura, vicisitudes*, op. cit., n° 344, p. 443 : « Enfin, le débiteur ne peut pas invoquer en sa faveur des incongruités, des défauts, des vices du contrat de cession : il n'est pas partie au contrat et il n'est pas possible de considérer qu'il a intérêt dans cela (arts. 1742 [2° Ley 50] 1743 c.c) » ; A. VALENCIA ZEA et A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, t. II, *De las obligaciones*, op. cit., n° 149, p. 407 : « Cependant, le débiteur ne peut pas invoquer « les exceptions personnelles du cédant ». On

tiers du débiteur, sur l'impossibilité pour celui-ci d'invoquer à l'encontre du cessionnaire un quelconque vice du contrat de cession ou un autre type d'objection résultant du rapport entre celui-ci et le cédant. Il s'agit ainsi de qualifier le débiteur de tiers en raison de son incapacité à s'« immiscer » dans le contrat de cession. La doctrine et la jurisprudence colombiennes semblent, en ce sens, rejoindre la doctrine française.

306. Le quatrième argument résulte d'une interprétation particulière de l'article 1690 du Code civil français, applicable à la cession de créance avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, adoptée par la jurisprudence française. À l'occasion d'un arrêt du 4 décembre 1985, la première chambre civile de la Cour de cassation a précisé la notion de tiers au sens de la disposition mentionnée. Selon les juges, les tiers désigneraient les personnes qui, n'étant pas parties à l'acte de cession, ont intérêt à ce que le cédant reste encore créancier⁸⁴⁵. Par cette interprétation, la Cour de cassation transpose le critère restrictif de « tiers » du domaine de la publicité foncière à celui de la cession de créance⁸⁴⁶. Cette position a été réitérée assez récemment par un arrêt de la première chambre civile en date du 4 juin 2014⁸⁴⁷. À notre connaissance, ce critère n'est pas pris en compte expressément en droit colombien⁸⁴⁸.

307. Les auteurs n'hésitent pas à remarquer que l'interprétation proposée par la Haute juridiction française de l'expression « tiers » dans le cadre de la cession de créance est restrictive par rapport à l'interprétation classique adoptée en droit contractuel. En effet, selon ces décisions, outre le fait de ne pas avoir concouru à la réalisation du contrat, il serait nécessaire pour être qualifié de tiers, au sens de l'article 1690 du Code Napoléon, d'avoir intérêt à ce que le cédant reste créancier, c'est-à-dire avoir un intérêt au regard du patrimoine du cédant⁸⁴⁹. En résumé, d'après la jurisprudence et la

comprend par « exceptions personnelles » du cédant celles qui n'ont pas leur origine dans le contrat ayant donné naissance à la créance sinon dans le negotium juridicum de cession. Le débiteur est étranger à un tel acte et, en conséquence, les défauts de la cession ou les causes de nullité de celle-ci ne peuvent pas être invoquées par celui-là ».

⁸⁴⁵ Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 1985, *Bull. civ. I*, n° 336, *RTD civ.* 1986, 750, obs. J. Mestre.

⁸⁴⁶ V. *infra* n° 357.

⁸⁴⁷ Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 2014, *Bull. civ. I*, n° 100, *D.* (act) 17 juin 2014, obs. A. Cayol ; G. ANSALONI, « De la modification du contrat générateur de la créance », *D.* 2508, p. 2508 ; H. BARBIER, « Des pièges de la cession de créance pour le cessionnaire, le cédant et le cédé », *RTD civ.* 2015, p. 137 ; R. LIBCHABER, « Inventaire des tiers subissant l'opposabilité de la cession de créance », *RDC* 2014, n°4, p. 618.

⁸⁴⁸ Cependant, un auteur colombien rend compte de son existence : F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones, Concepto, estructura, vicisitudes*, *op. cit.*, n° 335, p. 435. D'autres auteurs se réfèrent à l'intérêt spécial du débiteur au regard des effets de la cession. Ce serait sur la base de ce critère que le débiteur pourrait être qualifié de tiers spécial ou principal : M. -E. CAMACHO LOPEZ, « La cesión de créditos en garantía, de acuerdo con la Ley 1676 de 2013 », *Revist@ e-mercatoria*, Universidad Externado de Colombia, vol. 13, n° 2, julio-diciembre 2014, p. 170, note 16 : « *Finalmente, il y a le débiteur cédé qu'on pourrait qualifier de tiers spécial ou principal dans la mesure où il peut participer parfois au contrat de cession mais, en outre, qui faisait certainement partie au contrat ayant donné origine à la créance objet du transfert* ». Plus précisément, l'intérêt du débiteur de la créance cédée serait de réaliser un paiement valable.

⁸⁴⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 1413, p. 799 ; H. BARBIER, « Des pièges de la cession de créance pour le cessionnaire, le cédant et le cédé », art. préc., p. 137 ; J. FRANÇOIS, note sous Cass. civ. 4 juin 2014, *JCP E* 2014, n° 41, p. 1502.

doctrine majoritaire française, deux critères complémentaires sont nécessaires pour délimiter la catégorie de tiers au sens de la disposition mentionnée : le premier critère, négatif, consiste dans la non-participation à la réalisation de la cession ; le deuxième critère, positif, implique un bénéfice à ce que le cédant reste créancier⁸⁵⁰.

308. La plupart des auteurs qualifient le débiteur de tiers sur la base du dernier critère, classique, mentionné⁸⁵¹. Cependant, l'interprétation particulière du terme « tiers » donnée par la Cour de cassation est également utilisée par certains auteurs pour accorder la qualité de tiers au débiteur seulement dans certaines hypothèses⁸⁵². D'après eux, le débiteur ne pourrait ainsi être qualifié de tiers que lorsqu'il détient un droit concurrent à faire valoir à l'encontre d'un ayant cause à titre particulier du créancier cédant⁸⁵³. Autrement dit, si le premier groupe d'auteurs semble reconnaître d'une manière absolue la qualité de « tiers » au débiteur, en laissant entendre que le débiteur aurait toujours intérêt à ce que le cédant reste créancier ; pour le second groupe d'auteurs, le débiteur n'aurait intérêt à ce que le cédant reste créancier que dans certaines situations, par exemple s'il dispose d'un droit de compensation à faire valoir contre son créancier originaire⁸⁵⁴.

⁸⁵⁰ G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, thèse préc., n° 68, p. 68.

⁸⁵¹ A. SERIAUX, *Droit des obligations*, op.cit., n°169, p. 617

⁸⁵² J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, op. cit., n° 370, p. 368 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op. cit., n° 1413, p. 799 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, op. cit., n° 1232, p. 2452 ; Ch. LACHIEZE, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, op. cit., n° 248, p. 161-162 : « On ne dissimulera pas que la qualification de tiers ne rend pas parfaitement compte de la situation du cédé, car le cédé subit directement l'effet principal de la cession, à savoir le transfert de la créance. Mais la qualification de tiers au sens de l'article 1690 paraît largement préférable à celle de partie, car la catégorie des tiers est déjà fortement hétérogène, contrairement à celle des parties » ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Obligations, Théorie générale*, op.cit., par F. CHABAS, 1998, n° 1261, p. 1278-1279 ; J. DUCLOS, *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, Préf. D. Martin, LGDJ, 1984, n° 418, p. 496.

⁸⁵³ Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Droit civil français*, t. V, 6^e éd., par P. Esmein, Editions Techniques, Paris, 1952, § 359 bis, p. 144 : « On entend par tiers, en cette matière, tous ceux qui ont un intérêt légitime à écarter la cession pour faire maintenir des droits ou avantages acquis depuis sa passation. On doit donc considérer comme des tiers, non seulement de nouveaux cessionnaires, et le débiteur cédé, qui a fait des paiements au cédant ou qui a traité avec lui au sujet de la créance cédée, mais encore les créanciers de ce dernier, antérieures ou postérieures à la cession, en tant que, par des saisies –arrêts pratiquées sur la créance cédée, ou par l'effet de la déclaration de faillite du cédant, ils ont acquis sur cette créance, des droits distincts de ceux de leur débiteur » ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XXIV, op. cit., n° 492, p. 488 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op. cit., n° 1415, p. 801 en se référant aux solutions sous l'empire des dispositions anciennes : « A l'inverse, lorsque le débiteur cédé avait intérêt à ce que le cédant soit demeuré son créancier, parce qu'entre-temps il était lui-même devenu créancier du cédant (compensation), ou avait traité avec lui, il devait être traité comme un véritable tiers, auquel la cession était inopposable en l'absence d'accomplissement des formalités de l'article 1690 : elle aurait fait « grief à un intérêt à lui advenu depuis la naissance de la créance » ; Cass. civ. 20 juin 1938, *GAJC*, t.2, 13^e éd., Dalloz, 2015, n° 256-257 (II), spéc. n° 5, p. 594 : « A s'en tenir au cédé, c'est poser qu'il ne peut se retrancher derrière le défaut de publicité pour faire échec à la demande du cessionnaire que s'il a un intérêt personnel à ignorer la cession intervenue. Il en va certainement ainsi lorsque le fait d'être resté débiteur du cédant lui permet d'invoquer une cause d'extinction de l'obligation (par ex. la compensation parce qu'il est devenu son créancier ». Voir aussi mais pour un raisonnement en termes d'utilité : Th. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. I, op.cit., n° 299, p. 425 : « La qualité de tiers appartient à tous ceux qui étant d'ailleurs demeurés étrangers à la cession, prétendent avoir, à l'égard de la créance cédée, des droits que la cession tend à anéantir ou à restreindre ».

⁸⁵⁴ E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op.cit., n° 72, p. 51 : « Le débiteur cédé doit démontrer son intérêt à ce que le cédant soit encore créancier. À défaut, la cession lui est opposable, même si les formalités de l'article 1690 n'ont pas été accomplies. Cet intérêt peut notamment découler d'une possibilité de compensation à l'égard du cédant, d'une exception d'inexécution, d'un paiement entre les mains du cédant ». Voir également : L. AYNES, « Cession de contrat, cession de créance : rôle de la signification au débiteur cédé », *D.* 2009, 842, spéc., 14 : « Si l'interprétation de l'arrêt proposée ci-dessus est bien exacte, il faut la compléter de la manière suivante : les formalités de l'article 1690 du code civil « exigent la signification du transfert faite au débiteur [lorsque celui-ci se pose lui-même en tiers], en invoquant la compensation » ».

309. Contrairement à ce qu'on pourrait *a priori* penser, la conception selon laquelle le débiteur d'une créance objet d'une opération juridique déterminée pourrait avoir plus d'une qualité n'est pas si étonnante. En matière de nantissement de créance par exemple, un auteur a reconnu que le débiteur d'une créance nantie pourrait être effectivement considéré comme un tiers au sens de l'article 2361 du Code civil⁸⁵⁵, même si cela n'était que de manière exceptionnelle. Plus précisément, une telle qualification ne serait possible que dans les cas où le débiteur aurait un intérêt ou un droit spécifique à faire valoir à l'encontre de son créancier. L'expression « tiers » utilisée par le législateur français à propos de certaines opérations portant sur des créances évoquerait ainsi davantage une notion fonctionnelle que personnelle. Autrement dit, pour qualifier une personne de tiers au sens de l'article 1690 du Code civil, il conviendrait de tenir compte de la prétention qu'il fait valoir⁸⁵⁶, en retrouvant ici la notion de « tiers » en matière de publicité foncière⁸⁵⁷.

310. Ces différents critères utilisés en droit français comme en droit colombien appuient la qualité de « tiers » accordée au débiteur, qualification qui a la faveur de la doctrine majoritaire et de la jurisprudence tant en France qu'en Colombie. Néanmoins, en dépit de cette préférence, une partie minoritaire de la doctrine française prône la reconnaissance au débiteur de la créance cédée de la qualité de « partie » à la cession.

B- Le débiteur, partie à la cession de créance

311. À notre connaissance, le professeur Larroumet a été le premier auteur français à avoir défendu expressément, dans sa thèse de doctorat dédiée à l'étude des opérations juridiques à trois personnes, l'idée selon laquelle le débiteur d'une créance cédée serait en réalité une partie à la cession de créance. Pour M. Larroumet, en effet, bien que le débiteur de la créance cédée ne participe pas activement à la conclusion de l'acte de cession, il se trouve obligé envers le cessionnaire du fait de cette cession⁸⁵⁸. Cette circonstance justifierait que l'on reconnaisse que celle-ci a plus qu'un effet d'opposabilité à l'égard du débiteur. Précisément, d'après M. Larroumet, la cession aurait un effet

⁸⁵⁵ Cette disposition est relative à l'opposabilité du nantissement aux tiers à la date de l'acte.

⁸⁵⁶ M. JULIENNE, *Le nantissement de créance, op.cit.*, n° 114, p. 79 s. qui affirme que la notion de « tiers » est fonctionnelle en ce sens qu'elle dépend, non de la personne envisagée, mais de la nature des prétentions qu'elle fait valoir (*op. cit.*, n°81, p. 59).

⁸⁵⁷ V. *infra* n°357.

⁸⁵⁸ Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse préc., t. I, n° 27, p. 48 : « Non seulement, donc, le cédé doit tenir compte de la cession, mais encore il est obligé par elle. On peut donc affirmer que la cession de créance n'est pas tellement destinée à être opposable au cédé, dans le sens où on entend cette expression normalement (...) et cet effet dépasse le cadre de la simple opposabilité d'un contrat aux tiers, le contrat portant, ne l'oublions pas, sur le côté actif d'un lien d'obligation dont le cédé a la charge du passif. Or, la création de ce lien du cédé, le rapport juridique établi entre le cédé et le cessionnaire ne pouvant plus être exactement ce qu'il était entre le cédé et le cédant ». (nous soulignons).

relatif à l'égard du débiteur⁸⁵⁹ qui devrait en conséquence être considéré comme une partie à la cession de créance, celle-ci étant appréhendée en tant qu'opération juridique à trois personnes.

Sans revenir sur la définition donnée par cet auteur de l'opération juridique à trois personnes⁸⁶⁰, il suffira de rappeler que pour M. Larroumet, la cession mérite cette qualification dans la mesure où, nonobstant la participation de deux personnes dans sa réalisation, elle a pour objet et pour effet de modifier l'obligation d'un tiers, le débiteur de la créance cédée. Une telle modification consiste en un changement de la personne du créancier dans le rapport d'obligation⁸⁶¹. Cet effet modificatif de la cession à l'égard du débiteur justifierait qu'on lui accorde la qualité de partie à l'opération⁸⁶².

312. Faut-il en conclure pour autant que pour M. Larroumet la cession de créance témoignerait d'une exception à l'effet relatif du contrat ? Il est difficile d'apporter une réponse concluante à cette question. Certes, dans sa thèse de doctorat, l'auteur semble défendre l'idée selon laquelle, malgré l'absence de participation active du débiteur à la réalisation de la cession, l'on ne devrait pas y voir une véritable exception à l'effet relatif des conventions. L'absence de participation active du débiteur à la réalisation de l'acte de cession pourrait s'expliquer en raison de son consentement anticipé et implicite à une telle opération ; c'est ce qu'il conviendrait de déduire de l'inexistence d'une clause restrictive ou limitative de libre cessibilité⁸⁶³. Cependant, dans son ouvrage dédié aux conditions de formation du contrat, M. Larroumet semble être d'un tout autre avis. En effet, l'auteur reconnaît que la cession de créance opérerait une exception au principe de l'effet relatif du contrat, en précisant toutefois qu'une telle exception consisterait dans la modification de la situation du débiteur et non dans la création d'une obligation à sa charge⁸⁶⁴.

⁸⁵⁹ D'autres auteurs expriment la même idée lorsqu'ils remettent en question le fait que les rapports entre le débiteur de la créance cédée et la cession soient analysés en termes d'opposabilité : G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, op. cit., n° 598, p. 436 : « *A cet égard, il faut observer qu'il est probablement inexact de considérer le débiteur comme extérieur à la cession. Le cédé n'est pas un véritable tiers. Que son consentement ne soit pas requis est une chose, mais il ne semble pas que les rapports qu'il entretient avec la cession puissent pour autant s'analyser en termes d'opposabilité* ».

⁸⁶⁰ V. *supra* n° 34.

⁸⁶¹ Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse préc., t. I, n° 54, p. 108 ; Ch. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil*, t. III, *Les obligations, Le contrat*, 8^e éd., op. cit., n° 69, p. 57.

⁸⁶² Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse préc. t. I., n° 44, p.85 : « *À partir du moment où le contrat entre le cédant et le cessionnaire a pour objet de lier le débiteur cédé, qui est partie à l'opération, on doit pouvoir lui opposer tout écrit, même sous seing privé, émanant de lui, ou toute attitude non équivoque et impliquant de sa part un aveu de la connaissance de la cession, dès lors que les formes rigoureuses de l'article 1690 ne le sont pas dans son intérêt* » (nous soulignons).

⁸⁶³ Afin de comprendre la vision de cet auteur, rappelons qu'il défend l'idée, au moins dans sa thèse de doctorat, de la validité des clauses tant restrictives que limitatives de cessibilité. Plus encore, il est partisan de la sanction de nullité de la cession de créance conclue en violation d'une telle stipulation : Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse préc., t. I, n° 34, p. 66 : « *Si le débiteur cédé ne manifeste pas sa volonté au moment de la conclusion de l'opération entre le cédant et le cessionnaire, c'est tout simplement parce qu'il y a consenti antérieurement d'une façon implicite, en n'utilisant pas la possibilité qui lui était offerte de stipuler l'incessibilité. En effet, dès lors qu'on admet la validité des clauses d'incessibilité, et on doit les admettre, l'abstention du débiteur doit être interprétée comme une adhésion à une cession ultérieure et éventuelle du droit de son créancier contre lui* ».

⁸⁶⁴ Ch. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil*, t. III, *Les obligations, Le contrat*, 8^e éd., op. cit., n° 69, p. 57 : « *En fait, il n'y a pas création d'une obligation à la charge d'un tiers qui ne consent pas, car le débiteur cédé était déjà obligé envers le cédant. Cependant, il y a transformation d'une obligation préexistante sans le consentement du débiteur cédé, car l'obligation du cédé ne sera pas exactement envers le cessionnaire ce qu'elle était envers le cédant. Dans cette mesure, il y a transformation d'un rapport d'obligation sans que le débiteur cédé soit*

313. À l'instar du professeur Larroumet, d'autres auteurs défendent l'idée du débiteur partie à la cession de créance envisagée comme une opération juridique à trois personnes. Certains adhèrent à cette conception explicitement ; d'autres ne le font qu'implicitement. Dans le premier groupe, on peut mentionner M. François pour qui le fait que le débiteur soit lié au cessionnaire en conséquence de la cession de créance dépasse largement l'effet d'« opposabilité » du contrat aux tiers⁸⁶⁵. Dans le second groupe, trois principaux auteurs peuvent être cités.

Il s'agit en premier lieu de la position de G. Forest, auteur d'une thèse récente sur la notion d'obligation en droit privé⁸⁶⁶. Afin de conforter l'intérêt pratique de sa proposition selon laquelle l'obligation serait un concept binaire réunissant de manière indissociable deux éléments de nature différente (la dette et la créance)⁸⁶⁷, cet auteur se réfère à certaines incidences dans le domaine de la circulation des obligations. Plus spécifiquement, s'agissant de la cession de créance, il affirme que le débiteur, n'étant pas vraiment extérieur à la cession, ne doit pas être qualifié de tiers à celle-ci. La dette, norme juridique imposant au débiteur le devoir d'exécuter une prestation déterminée, s'imposerait immédiatement à lui sans qu'il y ait besoin de l'accomplissement de quelque formalité que ce soit. Plus encore, cet auteur se rallie expressément à l'opinion de M. Larroumet en ce sens que les formalités de l'article 1690 du Code civil n'auraient, à l'égard du débiteur, qu'une finalité informative⁸⁶⁸. Sans affirmer explicitement que le débiteur serait une partie à la cession, cet auteur semble donc plaider en faveur de cette conception.

En deuxième lieu, la position M^{me} Corneloup semble aller dans le même sens. Afin de remettre en cause la fonction de publicité ou même d'opposabilité des formalités prévues par l'article

consulté sur l'opportunité de cette transformation ». Il est vrai que les auteurs n'affirment pas expressément que la cession de créance porte atteinte au principe de l'effet relatif des contrats. Cependant, lorsqu'ils se réfèrent aux opérations juridiques à trois personnes fondées sur la volonté de deux personnes seulement, ils affirment qu'il s'agit d'une opération exceptionnelle car elle va à l'encontre du principe de l'effet relatif des contrats consacré au nouvel article 1199 du Code civil (*op. cit.*, n° 65, p. 54).

⁸⁶⁵ J. FRANCOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations, Régime général*, 3^e éd., n° 369, p. 382 : « Certes, le cédé est bien un tiers à la convention de cession, en ce sens qu'il ne participe pas à sa conclusion. Mais il n'en reste pas moins qu'étant le sujet passif du lien qu'il s'agit de transférer, il est partie à l'opération que cette convention réalise. En ce sens, la convention de cession n'a pas tant vocation à lui être opposée qu'à le lier au cessionnaire » (nous soulignons). Dans la nouvelle édition de son ouvrage, mis à jour avec l'ordonnance du 10 février 2016, l'auteur critique le sens de la réforme qui appréhende le débiteur comme étant un tiers à qui la cession serait opposable. Cet auteur insiste sur le fait que la situation du débiteur ne devrait être dissociée de celle du cédant et du cessionnaire au regard des effets de la cession, sous réserve de sa nécessaire protection en cas de paiement de bonne foi entre les mains du cédant (J. FRANCOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations, Régime général*, 4^e éd., n° 473, p. 465).

⁸⁶⁶ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, *op.cit.*

⁸⁶⁷ Cet auteur propose la définition suivante de l'obligation : G. FOREST, *ibidem*, n° 689, p. 501 : « L'obligation est le lien de droit par lequel le débiteur est astreint à délivrer une prestation à un créancier déterminé, lequel est titulaire d'un droit à l'exécution de cette prestation ». Plus précisément, cet auteur signale : « La dette est une norme, elle appartient au droit objectif, la créance est un droit, elle ressort du domaine des droits subjectifs. Leur réunion forme l'obligation, dont la structure est binaire. Aussi la présentation héritée des auteurs du XIX^e siècle doit-elle être écartée pour faire place à la correction proposée, dont il faut à présent exposer le contenu. L'obligation n'est pas un *vinculum juris* modernisé qu'on pourrait contempler sous deux faces : elle est le droit à l'exécution d'une norme de comportement » (*ibid.*, n° 298, p. 208).

⁸⁶⁸ G. FOREST, *ibid.*, n° 598, p. 436 : « A cet égard, il faut observer qu'il est probablement inexact de considérer le débiteur comme extérieur à la cession. Le cédé n'est pas un véritable tiers. Que son consentement ne soit pas requis est une chose, mais il ne semble pas que les rapports qu'il entretient avec la cession puissent pour autant s'analyser en termes d'opposabilité » (nous soulignons).

1690 du Code civil à l'égard du débiteur, cet auteur refuse d'accorder à celui-ci la qualité de tiers. De son point de vue, l'idée selon laquelle le contrat s'imposerait à tous en tant que fait social ne suffirait pas à expliquer que le débiteur d'une créance cédée soit tenu envers un tiers qu'il n'a pas choisi comme créancier. De ce fait, la théorie de l'opposabilité des actes juridiques aux tiers ne suffirait pas à expliquer la situation du débiteur. Ainsi, bien qu'elle n'accorde pas expressément au débiteur la qualité de partie à la cession, on peut déduire cette conclusion de son refus de qualification de tiers sans proposer une autre qualification différente de celle de partie⁸⁶⁹.

En troisième lieu, les critiques portées par quelques auteurs à l'organisation d'un système d'opposabilité de la cession à l'égard du débiteur semblent s'expliquer précisément par une résistance à l'appréhension du débiteur comme tiers à la cession. Nous pourrions y voir un signe important, bien qu'implicite, de l'approbation de la thèse selon laquelle le débiteur serait, en réalité, une partie à l'opération⁸⁷⁰.

314. S'agissant du droit colombien, il n'y a qu'un seul auteur, à notre connaissance, qui a pu évoquer l'éventualité d'appréhender le débiteur comme une partie à la cession, mais uniquement dans les hypothèses où le débiteur aurait un intérêt légitime à participer à la réalisation de celle-ci. Cependant, l'auteur ne signale pas expressément les cas permettant de témoigner de cette situation⁸⁷¹.

315. Outre les principaux arguments en faveur de la qualification du débiteur de la créance cédée comme un tiers à la cession, nous avons mis en avant les raisons invoquées par les partisans de l'appréhension du débiteur en tant que partie à la cession. Bien qu'il s'agisse des deux visions principalement retenues, un auteur français les a récemment remises en question. Il propose une qualification spéciale et originale du débiteur : celle d'« objet » de la cession.

⁸⁶⁹ S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques, une approche franco-allemande du droit interne et de droit international privé*, *op. cit.*, n° 202, p. 218 : « On considère, en effet, que le débiteur cédé n'est pas un tiers comme les autres dans la mesure où la cession de créance a pour conséquence de l'obliger à payer non plus son cocontractant initial mais le cessionnaire. Il n'est donc pas dans la situation traditionnelle des tiers auxquels la convention est simplement opposable. Pour le débiteur cédé, la situation se présente comme une extension de ses effets obligatoires d'un contrat auquel il est un tiers ». Plus précisément, l'auteur affirme que sa position correspond à la thèse défendue par M. Larroumet (*op. cit.*, n° 202, p. 219, note 169).

⁸⁷⁰ V. notamment F. PETIT, « Réflexions sur la sécurité dans la cession de créance dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *D. Chr.* 2006, p. 2819, spéc. 21 : « Cette faiblesse trouve son origine dans le fait que l'article 1254-2 de l'avant-projet organise à l'égard du débiteur cédé une véritable opposabilité de la cession à compter de sa notification alors que celui-ci n'est pas un véritable tiers à cette opération. Ce faisant, il est possible de douter de l'adaptation du terme « opposabilité » à la situation du débiteur cédé dans la mesure où elle renforce considérablement sa situation ».

⁸⁷¹ M.-E. CAMACHO LOPEZ, « La cesión de créditos en garantía, de acuerdo con la Ley 1676 de 2013 », art. préc., p. 170, note 16 : « Conformément à la discipline de la cession de créances, les parties seraient seulement les sujets ayant intervenu à l'acte de cession, en excluant ainsi le débiteur cédé, sauf dans les cas où peut avoir la qualité de partie en raison de son intérêt juridique légitime à y participer ». Il semblerait qu'une telle question se poserait dans le cas où le débiteur donne son consentement à la cession. La question aurait un intérêt majeur en droit français avec la réforme récente qui prévoit que le débiteur doit donner son consentement lorsqu'une clause d'incessibilité a été prévue.

C- Le débiteur, objet de la cession de créance

316. La thèse selon laquelle le débiteur de la créance cédée devrait être appréhendé comme l'objet du transfert est défendue par M. Ansaloni⁸⁷². Afin de la démontrer, l'auteur commence par exposer les raisons permettant de remettre en question les qualifications de partie et de tiers classiquement attribuées au débiteur de la créance cédée. Pour lui, la distinction entre parties et tiers, qu'il qualifie de disjonctive, n'est pas pertinente pour expliquer la situation du débiteur de la créance cédée. La nature juridique particulière de la cession de créance expliquerait cette incompatibilité⁸⁷³.

317. Même si la cession de créance est une opération juridique à trois personnes ayant pour objet le transfert d'une obligation dont le débiteur est le sujet passif, celui-ci ne participe pas à la réalisation de l'opération. Cette absence de participation à l'acte empêcherait de le qualifier de partie à la cession⁸⁷⁴. Ce refus ne devrait pourtant pas conduire à lui reconnaître la qualité de tiers au sens de l'article 1690 du Code civil français.

318. Afin de contester également cette dernière qualification, M. Ansaloni rappelle l'interprétation de l'article 1690 du Code civil proposée par la jurisprudence en soulignant son caractère particulier et restreint : les tiers à la cession ne seraient que « ceux qui sans avoir participé à la conclusion de la cession auraient pourtant intérêt à ce que le cédant reste créancier »⁸⁷⁵.

En ce sens, le but de l'article 1690 ne serait rien d'autre que celui de résoudre les conflits entre les titulaires d'un droit concurrent sur une créance, à l'instar de la finalité poursuivie par la publication des actes dans le domaine de la publicité foncière⁸⁷⁶. Plus précisément, les tiers à la cession de créance désigneraient toutes les personnes qui auraient un intérêt légitime à écarter la cession afin

⁸⁷² G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations sur des créances*, thèse préc. Il faut souligner que d'autres auteurs ne sont pas opposés à cette conception : J. CARBONNIER, *Droit civil, t. II, Les biens, les obligations, op. cit.*, n° 1232 ; J. GHESTIN, « Les effets du contrat à l'égard des tiers », *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco-belges*, M. Fontaine et J. Ghestin (dir.), LGDJ, 1992, n° 37, p. 39 : « Puisque le débiteur cédé n'a pas consenti à la cession de créance il ne peut être considéré comme partie au nouveau rapport contractuel établi par cette cession entre le cédant et le cessionnaire. Il est ici objet et non sujet de droit ». Ph. VAN STEENLANDT, *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, Préf. H. Lécuyer, LGDJ, 2017, n° 370, p. 275. Il en serait de même des auteurs qui considèrent que la transmission des créances repose sur une conception du rapport d'obligation privilégiant sa valeur patrimoniale au détriment du lien entre les personnes du créancier et du débiteur : J. GHESTIN, « Les effets du contrat à l'égard des tiers », art. préc., n° 31, p. 34 : « Ce dernier (le débiteur de la créance cédée) devient davantage objet que sujet de droit. On ne voit guère, dans un tel système, l'utilité de recourir à une acceptation tacite présumée, mécanisme dont les abus ont été souvent dénoncés ».

⁸⁷³ G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, thèse préc., n° 15, p. 19.

⁸⁷⁴ G. ANSALONI, *ibidem*, n° 61, p. 62. Cet auteur précise que le débiteur n'est d'ailleurs jamais partie à l'acte portant transfert de la créance (*op. cit.*, n° 96, p. 91).

⁸⁷⁵ Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 1985, *Bull. civ. I*, n° 336. Cette interprétation a été réitérée assez récemment : Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 2014, *Bull. civ. I*, n° 100.

⁸⁷⁶ G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, thèse préc., n° 85, p. 82. Voir en ce sens, d'une manière implicite : R. WINTGEN, *Etude critique de la notion d'opposabilité, les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, Préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004, n° 289, p. 251 : « L'opposabilité aux tiers de l'effet translatif de la cession est donc subordonnée à l'accomplissement d'une formalité qui a une fonction de publicité. Le mécanisme est semblable à celui de la publicité foncière, sauf que cette dernière informe effectivement les tiers, alors que la signification au débiteur n'informe que ce dernier ».

de maintenir un droit ou un avantage acquis avant le passage de la créance du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire⁸⁷⁷.

L'auteur précise que dans la mesure où les droits et obligations du débiteur ne sont pas modifiés du fait de la cession, celle-ci serait, par principe, un acte neutre pour lui. Le débiteur n'aurait donc aucun intérêt à ce que le cédant reste créancier. Par conséquent, le débiteur ne devrait pas être qualifié de tiers à la cession⁸⁷⁸.

319. Ayant écarté les qualifications classiques de partie et de tiers, M. Ansaloni précise que le débiteur appartiendrait à une catégorie innommée, propre aux opérations juridiques à trois personnes translatives d'obligation. Plus précisément, le débiteur, sujet passif de l'obligation transmise et, par conséquent, objet du droit de contrainte⁸⁷⁹, serait, à dire vrai, l'objet de la cession ; autrement dit, l'objet du transfert⁸⁸⁰.

Cette analyse révélerait l'insuffisance de la vision classique selon laquelle les actes juridiques auraient soit un effet relatif, soit un effet d'opposabilité. De fait, il existerait un autre effet jusqu'à présent délaissé par la doctrine : l'effet translatif subi par le débiteur d'une créance cédée⁸⁸¹. La reconnaissance de cet effet s'avèrerait indispensable afin de bien saisir la qualité spéciale du débiteur de la créance cédée.

Toutefois, M. Ansaloni admet que l'on peut accorder, exceptionnellement, la qualité de tiers au débiteur⁸⁸² ; uniquement dans les hypothèses où celui-ci aurait un intérêt spécifique à ce que le cédant reste créancier, dès lors qu'il a acquis un droit du chef du cédant. Il donne comme exemples les cas de compensation légale, compensation conventionnelle, remise de dette ou encore de

⁸⁷⁷ G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, thèse préc., n° 96, p. 91.

⁸⁷⁸ G. ANSALONI, *ibidem* : « Mais le débiteur n'est pas non plus un tiers à l'acte translatif : les opérations sur les créances lui sont indifférentes ; elles n'altèrent ni ses droits ni ses obligations ».

⁸⁷⁹ Cela se comprend puisque l'auteur définit le droit de créance comme étant un droit de contrainte ayant pour objet le débiteur ; G. ANSALONI, *ibidem*, n° 188, p. 165. En ce qui concerne l'affirmation selon laquelle le débiteur serait l'objet de contrainte : « Ainsi, dès lors qu'on veut bien admettre que d'une part, le pouvoir de contrainte est un élément du droit de créance et d'autre part que le débiteur est l'objet du pouvoir de contrainte, force est de reconnaître que le débiteur est aux côtés de la prestation un objet du droit de créance » (*op. cit.*, n° 198, p. 171).

⁸⁸⁰ G. ANSALONI, *ibidem*, n° 206, p. 179 : « Puisque le débiteur est l'objet du droit de créance, le transfert de la créance emporte transfert du débiteur au profit de l'ayant-cause à titre particulier du créancier original ». Cette idée selon laquelle le débiteur serait l'« objet » du transfert n'est pas complètement étrangère à la doctrine classique française : J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1232, p. 2452 : « Cependant, tout en étant étranger à la cession, il apparaît un peu comme en étant l'objet (il est le débiteur cédé) ». En outre, bien que d'une façon implicite, une telle idée ne paraît pas complètement absente ni en droit français, ni en droit colombien. Preuve en est qu'on fait assez souvent référence au « débiteur cédé » : G. ANSALONI, *ibidem*, n° 206, p. 179.

⁸⁸¹ G. ANSALONI, *ibidem*, n° 61, p. 63 : « Les effets classiques des actes : effets obligatoires ou opposabilité. La catégorie des actes translatives met en exergue un autre effet juridique possible parmi les effets normatifs des opérations translatives : l'effet translatif (...) dont le débiteur fait partie de l'effet translatif » (nous soulignons). Et l'auteur conforte l'analyse plus loin en soulignant : « S'il est possible de soutenir que l'opération produit un effet obligatoire à l'égard du débiteur cela obéit au seul motif qu'il est lié au cessionnaire de la créance et qu'il ne s'agit que d'une conséquence de l'effet translatif » (*ibidem*, note 156).

⁸⁸² G. ANSALONI, *ibidem*, n° 115, p. 106 : « A certains égards, le débiteur est sans doute un tiers. Cependant, il ne s'agit pas de la règle de principe ».

novation⁸⁸³. Dans de telles hypothèses, il serait nécessaire de reconnaître au débiteur la qualité d'ayant cause à titre particulier du cédant. En dépit de cette reconnaissance exceptionnelle de la qualité de tiers au débiteur, la position de M. Ansaloni reste originale.

320. Les arguments les plus variés sont évoqués afin de défendre la qualification du débiteur de partie ou tiers à la cession de créance. Plus rarement, plusieurs raisons sont avancées pour convaincre de la pertinence d'accorder au débiteur une qualité spéciale : celle d'« objet » de la cession. Indépendamment de l'intérêt théorique d'un tel débat, la détermination de la qualité du débiteur dans le cadre d'une cession de créance présente des enjeux pratiques indéniables.

§2- Les enjeux pratiques

321. La détermination de la qualité du débiteur est fondamentale, tant en droit français qu'en droit colombien, mais l'intérêt pour une telle détermination n'est pas nécessairement le même dans les deux systèmes juridiques. En ce qui concerne spécifiquement le droit français, l'enjeu majeur est d'établir le moment de la production des effets de la cession à l'égard du débiteur de la créance cédée (A) ; cependant, la détermination de la qualité du débiteur comporte aussi d'autres enjeux non négligeables communs aux droits français et colombien. Il en est ainsi de la détermination des facultés du débiteur de la créance cédée au regard du contrat de cession (B), ainsi que de sa protection (C).

A- L'enjeu majeur en droit français : la détermination du moment de production des effets à l'égard du débiteur

322. La présentation des diverses qualifications proposées pour désigner le débiteur de la créance cédée a permis de mettre en relief les différents effets attribués à la cession à l'égard de celui-ci. Si l'effet d'opposabilité est défendu par la doctrine majoritaire, ce qui s'explique clairement compte tenu de l'appréhension du débiteur en tant que tiers à la cession, d'autres auteurs ont pu invoquer l'existence d'un effet relatif de la cession à son encontre. Plus encore, un auteur a proposé l'existence d'un effet particulier de la cession envers le débiteur de la créance cédée : l'effet translatif.

323. Malgré les différences signalées quant à la désignation de l'effet de la cession à l'égard du débiteur, la plupart des auteurs s'accordent sur les principales conséquences de la cession. Ainsi, la doctrine ne remet pas en question le fait que le débiteur sera tenu de s'exécuter entre les mains d'un

⁸⁸³ G. ANSALONI, *ibid.*, n° 131, p. 117 s.

nouveau créancier : le cessionnaire⁸⁸⁴. De plus, les auteurs remarquent qu'en conséquence de la cession, le débiteur ne pourra plus valablement s'entendre avec son créancier initial⁸⁸⁵. Par ailleurs, la doctrine ne remet pas en question le fait qu'en raison du changement de créancier à travers la cession de créance, le débiteur pourrait avoir de nouvelles exceptions à faire valoir à l'encontre de son nouveau créancier⁸⁸⁶.

324. De la sorte, si la détermination de la qualité du débiteur s'avère indispensable en droit français, la raison en est que l'accomplissement de certaines formalités nécessaires à l'efficacité de la cession à son égard dépendra finalement du choix opéré entre ces diverses qualifications⁸⁸⁷. La cession de droit commun (1) et la cession Dailly (2) témoignent de cette circonstance.

1- La cession de créance de droit commun

325. La question de la détermination de la qualité du débiteur, afin d'établir le moment de la production d'effets de la cession à son égard risque de perdre beaucoup de son intérêt pratique après l'ordonnance du 10 février 2016. Les rédacteurs de celle-ci ont en effet pris soin de distinguer la situation du débiteur de celle des tiers. Cependant, l'entrée en vigueur de la réforme n'étant pas immédiate et tous les conflits nés d'une cession de créance conclue avant l'entrée en vigueur de la réforme devant être jugés à la lumière des anciennes dispositions, cette question mérite encore d'être abordée. En outre, dans d'autres cas d'opérations sur créance, une partie de la doctrine continue de s'interroger quant à la réelle qualité du débiteur en dépit de la distinction réalisée par le législateur entre débiteur et tiers. Ainsi, nous analyserons les enjeux de ce débat avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 (a), puis après (b).

⁸⁸⁴ Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 828, p. 662-663 ; J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., n° 450, p. 446.

⁸⁸⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation, op. cit.*, n° 373, p. 369-370 ; A. BENABENT, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 701, p. 543 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 1421, p. 804 ; G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, thèse préc., n° 13-14, p. 17 s ; F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 2, p. 9 ; A. SERIAUX, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 169, p. 618.

⁸⁸⁶ Ch. LACHIEZE, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil, op. cit.*, n° 238, p. 152 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation, op. cit.*, n° 373, p. 369, note 6.

⁸⁸⁷ M. JULIENNE, « Signification, notification et cession de créance », à propos de Cass. civ. 1^e, 22 mars 2012, *Défrénois*, 2012, n° 11, p. 555 s, spéc. 2 : « L'une des questions les plus classiques posées à propos de l'article 1690 du Code civil est de savoir ce qu'il convient d'entendre précisément par le mot « tiers ». Sous son aspect théorique, cette interrogation est d'une importance pratique considérable puisque d'elle dépend le sort du débiteur ».

a) Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016

326. Aux termes de l'article 1690 du Code civil français, alors applicable à la cession de créance, le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification de la cession au débiteur ou par l'acceptation par celui-ci dans un acte authentique. Sans revenir sur les explications avancées à propos de l'origine de l'expression « saisi » employée dans cette disposition, il suffira ici de signaler que la doctrine majoritaire s'accorde sur le fait qu'une telle expression n'aurait plus lieu d'être mentionnée dans le Code civil⁸⁸⁸. Les auteurs signalent que la référence à la « saisine » du cessionnaire ne peut se comprendre que dans le contexte de l'Ancien Régime, lorsque l'acte de saisine était nécessaire afin que le transfert de propriété puisse opérer. En tenant compte de la consécration d'un système de transfert dit *solo consensu* par les rédacteurs du Code civil, système selon lequel le contrat serait un acte suffisant pour que ledit transfert ait lieu, la référence à la « saisine » du cessionnaire obéirait à une erreur de plume. Il conviendrait donc de comprendre, afin de rendre l'article 1690 cohérent avec le système de transfert de la propriété *solo consensu*, que la signification et l'acceptation dans un acte authentique ne sont que des mesures de publicité ou d'opposabilité de la cession à l'égard des tiers. En ce qui concerne les parties, en revanche, le principe resterait celui du transfert *solo consensu*⁸⁸⁹.

327. Cela étant dit, on comprend mieux la raison d'être du débat sur la détermination de la qualité du débiteur. Si l'on admettait que celui-ci est un « tiers » au sens de l'article 1690 du Code civil, il faudrait conclure à la nécessité d'accomplir les formalités prévues dans cette disposition pour que la cession soit efficace à son égard. En revanche, si l'on admettait que le débiteur est une partie à la cession, il conviendrait de reconnaître que ni la signification ni son acceptation dans un acte authentique ne seraient indispensables à l'efficacité de la cession à son égard. La cession produit des effets à l'égard du débiteur à partir du moment même de sa conclusion par le cédant et le cessionnaire⁸⁹⁰. Enfin, si l'on admettait que le débiteur est l'objet de la cession et qu'il jouit de la qualité de tiers seulement de manière exceptionnelle, il serait nécessaire d'admettre la règle de l'efficacité immédiate de la cession à l'égard du débiteur. Les formalités de l'article 1690 du Code civil ne lui seraient applicables que dans certaines hypothèses bien précises.

⁸⁸⁸ Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse préc., t. I, n° 35-36, p. 66-68.

⁸⁸⁹ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, op. cit., n° 317, p. 348 s ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op.cit., n° 1412, p. 797-798 ; J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations, Régime général*, 4^e éd., n° 467, p. 459.

⁸⁹⁰ M. JULIENNE, « signification, notification et cession de créance », art. préc., n° 2, p. 555-556 : « *A suivre certains auteurs, ce dernier (le débiteur cédé) ne saurait être considéré comme un véritable tiers car, bien que n'étant pas partie au contrat de cession, il est du moins partie à l'opération de cession. Ainsi exclu du champ de l'article 1690, le débiteur serait immédiatement soumis aux effets du transport sans qu'aucune formalité ne s'impose à son égard* » (nous soulignons).

328. Concrètement, si l'on se place du côté des défenseurs de l'hypothèse du débiteur tiers à la cession, trois conséquences principales peuvent être soulignées. En premier lieu, il conviendrait de considérer que le débiteur réalise un paiement libératoire entre les mains du cédant jusqu'à l'accomplissement des formalités de l'article 1690 du Code civil⁸⁹¹. En second lieu, il serait indispensable de reconnaître que le débiteur puisse opposer au cessionnaire toutes les exceptions⁸⁹² qu'il aurait pu opposer au cédant, pourvu que celles-ci soient nées antérieurement à l'accomplissement des formalités de la disposition mentionnée⁸⁹³. En troisième lieu, il faudrait admettre que le débiteur de la créance cédée ne puisse s'opposer à une demande en paiement réalisée par le cédant avant la signification de la cession ou son acceptation dans un acte authentique⁸⁹⁴. Les formalités de l'article 1690 du Code civil seraient donc de véritables mesures d'opposabilité de la cession à l'égard du débiteur de la créance cédée.

329. Cependant, précisons que parmi les partisans de l'appréhension du débiteur en tant que tiers à la cession, beaucoup critiquent, au moins en ce qui concerne le débiteur, le caractère excessivement rigide et parfois injustifié du formalisme de l'article 1690 du Code civil. Certains tempéraments sont donc reconnus.

Par exemple, d'aucuns reconnaissent la nécessité de prendre en compte la bonne foi du débiteur afin de déterminer le caractère libératoire du paiement. La connaissance de la cession par le

⁸⁹¹ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1285, p. 1332 ; Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 828, p. 662-663 ; A. BENABENT, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 701, p. 543. ; A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, 2^e éd., PUF, 2014, n° 242, p. 310 : « Aussi n'est-ce qu'à compter de la signification ou de l'acceptation par acte authentique que le débiteur ne pourra plus se libérer valablement entre les mains du cédant (art. 1691 cc) ».

⁸⁹² Nous aurons l'occasion de revenir en détails sur la signification de ce principe et sa portée : v. *infra* n° 499 et s. Pour le moment, il suffit de préciser qu'on entend par « exceptions » les moyens de défense pouvant être opposés par le débiteur afin de remettre en question le droit de créance, soit totalement, soit partiellement.

⁸⁹³ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1291, p. 1338 s ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes, op. cit.*, n° 304, p. 334 : « C'est donc la date de l'accomplissement de l'une des formalités légales, ou de leurs équivalents admis par la jurisprudence, qui fixe le moment à partir duquel le cessionnaire devient le seul contradicteur légitime du débiteur » ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation, op. cit.*, n° 374, p. 370-371 : « On considèrerait plutôt traditionnellement que le débiteur ne peut opposer au cessionnaire les exceptions tirées de ses relations avec le cédant qu'à la condition qu'elles soient nées avant que la cession lui devienne opposable (...) Cela permet au débiteur d'opposer non seulement les exceptions nées antérieurement à la cession, mais également celles apparues entre le moment de celle-ci et celui de l'accomplissement des formalités de l'article 1690 » (nous soulignons) ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1., *Obligations, Théorie générale, op. cit.*, par F. CHABAS, 1998, n° 1262, p. 1279 qui précisent que si la jurisprudence applique un tel principe dans toute sa rigueur dans les rapports du cédant et du cédé, il n'en est pas de même en ce qui concerne les rapports du cédé et du cessionnaire : « Sans rejeter le principe, elle y apporte quelques tempéraments : d'une part, elle admet le cessionnaire à exiger le paiement malgré l'absence de publicité, chaque fois que ce paiement n'est pas susceptible de nuire au débiteur cédé ou à un tiers. D'autre part, en application de la règle *fraus omnia corrumpit*, le paiement fait par le débiteur cédé au cédant sera nul, bien qu'antérieur à la signification, s'il y a eu concert frauduleux entre le cédé et le cédant pour empêcher le cessionnaire de profiter de la cession ».

⁸⁹⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation, op. cit.*, n° 372, p. 369 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1285, p. 1333 ; A. BENABENT, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 701, p. 543. La jurisprudence s'est prononcée d'ailleurs en ce sens : Cass. civ. 20 juin 1938. Voir pour une critique de cette conception : Ph. VAN STEENLANDT, *La généralisation de la cession fiduciaire de créance, op. cit.*, n° 377 et 378, p. 280-281.

débiteur, indépendamment de l'accomplissement des formalités mentionnées, empêcherait de reconnaître le caractère libératoire du paiement réalisé entre les mains du cédant⁸⁹⁵.

D'autres soulignent encore, sans méconnaître pour autant la qualité de tiers du débiteur, que la cession lui serait opposable sans l'accomplissement des formalités de l'article 1690 du Code civil, bien qu'elles puissent être utilisées à de telles fins. La justification résiderait dans le fait que le débiteur serait tout de même un tiers particulier. Le but principal de la signification et de l'acceptation dans un acte authentique serait de donner à l'acte une date certaine. Celle-ci ne se justifierait qu'à l'égard des tiers autres que le débiteur et aux fins de règlement d'un conflit d'ayants cause, hypothèse qui ne concernerait pas le débiteur. Le plus important serait de vérifier la mise en possession du cessionnaire à l'égard du débiteur, ce qui pourrait être réalisée par une acceptation tacite de la cession⁸⁹⁶.

Enfin, certains auteurs affirment que malgré les avantages de la reconnaissance d'un lien entre le débiteur et le cessionnaire à partir de la conclusion de la cession, cette thèse serait incompatible avec les termes de l'article 1690 du Code civil. La solution la plus plausible, en attendant une réforme, serait que la jurisprudence applique au débiteur cédé la théorie des équivalents dans ses rapports avec le cédant⁸⁹⁷. Autrement dit, les procédés reconnus comme équivalents aux formalités de l'article 1690 dans les relations entre le cédé et le cessionnaire, tels que l'acceptation, même tacite, ou la simple information de l'existence de la cession au débiteur, devraient avoir la même valeur dans les relations du cédé avec le cédant. Ainsi, le débiteur devrait pouvoir opposer la cession au cédant malgré l'absence de signification ou d'acceptation dans un acte authentique⁸⁹⁸.

330. Une précision importante s'impose quant à l'incidence de l'accomplissement des formalités de l'article 1690 du Code civil sur la règle de l'opposabilité des exceptions. Au sein des défenseurs de la qualité de tiers du débiteur, d'aucuns précisent que la signification de la cession au débiteur ou son acceptation dans un acte authentique n'auraient de conséquences qu'à l'égard des exceptions autres que celles « inhérentes » à la dette⁸⁹⁹. En effet, un nombre important d'auteurs, ainsi que la jurisprudence, s'accordent sur le fait que le cessionnaire serait tenu de subir les exceptions

⁸⁹⁵F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1285, p. 1333.

⁸⁹⁶F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Cours de droit civil, Obligations, Régime, op. cit.*, n° 148-149, p. 264-267.

⁸⁹⁷ En effet, il faut rappeler que la Cour de cassation admet que les formalités de l'article 1690 du Code civil connaissent certains équivalents qui permettent au cessionnaire de se prévaloir de la cession envers le débiteur cédé : la signification connaît différents équivalents comme l'assignation en paiement, la signification par voie de conclusion, l'acceptation dans un acte authentique peut être supplée par l'acceptation simple, par exemple : (Ch. LACHIEZE, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil, op. cit.*, n° 242, p. 155).

⁸⁹⁸ Ch. LACHIEZE, *ibidem.*, n° 249, p. 163.

⁸⁹⁹ V. *infra* n° 515, 517.

dites *inhérentes* à la dette, indépendamment du moment de leur naissance. C'est pourquoi l'accomplissement des formalités de l'article 1690 du Code civil n'aurait une réelle incidence qu'à l'égard des exceptions dites *non inhérentes* ou extérieures⁹⁰⁰.

331. Pour leur part, les partisans de l'appréhension du débiteur de la créance cédée en tant que partie à la cession écartent l'application des formalités prévues à l'article 1690 pour que la cession puisse produire des effets à son égard. Trois conséquences principales peuvent être évoquées.

En premier lieu, la réalisation de la cession empêcherait que le débiteur se libère valablement entre les mains du cessionnaire. Un tempérament pourtant est reconnu : le paiement réalisé par le débiteur entre les mains du cédant après la réalisation de la cession serait libératoire en cas de bonne foi, autrement dit, en cas de méconnaissance de la cession⁹⁰¹. Une telle solution se justifierait par le fait que, n'ayant pas participé à la cession, le débiteur peut effectivement ignorer son existence⁹⁰². De ce point de vue, il conviendrait de conclure au rôle simplement informatif, à l'égard du débiteur, des formalités prévues à l'article 1690 du Code civil. L'idée serait donc de s'assurer que le débiteur a réellement connaissance de la cession⁹⁰³. Plus précisément, l'accomplissement de telles mesures permettrait d'empêcher que le débiteur puisse se prévaloir de sa bonne foi afin d'invoquer le caractère libératoire du paiement réalisé en d'autres mains que celles du cessionnaire⁹⁰⁴. En outre, le caractère simplement informatif de telles formalités à l'égard du débiteur justifierait qu'elles puissent être remplacées par des équivalents⁹⁰⁵. La connaissance de la cession par le débiteur, soit directement, soit indirectement, suffirait à la lui rendre opposable. Certains auteurs ne se contentent pourtant pas de la simple connaissance indirecte⁹⁰⁶.

⁹⁰⁰ J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 3^e éd., Economica, 2013, n° 385, p. 406 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n° 303, p. 328 s. V. *Contra* P. RAYNAUD, *Anciens cours de droit civil*, D.E.A. de droit privé général, *Les contrats ayant pour objet une obligation*, *op. cit.*, p. 109 qui affirme que, en principe, toute exception doit être acquise antérieurement au transfert. Voir également une critique à l'encontre de la distinction entre l'opposabilité des exceptions dites inhérentes à la dette et les exceptions extérieures à la dette : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, n° 374, p. 372 : « *Comme par ailleurs, en pratique, la solution porte atteinte au droit du cessionnaire et à la sécurité de l'opération en autorisant le cédé à lui opposer des exceptions nées de ses rapports avec le cédant, postérieurement à l'accomplissement des formalités d'opposabilité, en contradiction avec les intérêts du crédit, il n'est pas souhaitable que la jurisprudence avance plus dans cette voie* ».

⁹⁰¹ Une telle solution trouverait son fondement dans l'ancien article 1240 du Code civil selon lequel « *Le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance, est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé* ». Cet article correspond au nouvel article 1342-3 issu de l'ordonnance du 10 février 2016 conformément auquel, « *Le paiement de bonne foi à un créancier apparent est valable* ».

⁹⁰² J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 3^e éd., Economica, 2013, n° 370, p. 396 ; Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse préc., t. I, n° 36, p. 68 et n° 58, p. 118 ; G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, *op. cit.*, n° 598, p. 436.

⁹⁰³ Ch. LARROUMET, *ibidem.*, p. 85.

⁹⁰⁴ Ch. LARROUMET *ibid.*, p. 72.

⁹⁰⁵ J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 3^e éd., Economica, 2013, n° 370, p. 396 ; Ch. LARROUMET, *ibid.*, p. 72.

⁹⁰⁶ G. FOREST, *Essai d'une notion d'obligation en droit privé*, *op. cit.*, n° 599, p. 437 : « *Seulement, le débiteur n'est pas forcément au courant et peut légitimement craindre de payer en de mauvaises mains, s'exposant, faute d'avoir procédé à des vérifications suffisantes à devoir s'exécuter une seconde fois. C'est en ceci que l'article 1690 le protège lui donnant les moyens de repousser toute demande d'exécution introduite avant* ».

L'appréhension du débiteur comme une partie à la cession impliquerait, en second lieu, que le moment à partir duquel le cédé ne peut plus s'entendre valablement avec le cédant soit fixé à la date de réalisation de la cession et non à la date de l'accomplissement des formalités prévues à l'article 1690 du Code civil⁹⁰⁷. Ainsi, les exceptions autres que celles *inhérentes* à la dette ne devraient plus être opposables au cessionnaire, sous réserve de la fraude commise entre le cédant et le cessionnaire⁹⁰⁸. Cependant, M. François, l'un des principaux partisans de cette position, reconnaît qu'une telle interprétation se heurterait à l'ancien article 1295, alinéa 2 du Code civil qui tient compte du moment de la signification de la cession au débiteur pour déterminer le régime de l'opposabilité de l'exception de compensation au cessionnaire⁹⁰⁹. En outre, précisons que pour M. Larroumet qui défend également l'appréhension du débiteur comme partie à la cession, la date à prendre en compte pour la détermination des exceptions opposables par le débiteur au cessionnaire devrait être celle de la connaissance de la cession par le débiteur et non celle de la réalisation de celle-ci. Il devrait en être de même pour l'exception de compensation⁹¹⁰.

En troisième lieu, il serait judicieux de permettre au cédé d'invoquer la cession à l'encontre du cédant, nonobstant l'inobservation des formalités de l'article 1690 du Code civil. Outre le fait qu'en agissant de la sorte le cédant méconnaîtrait le contrat conclu avec le cessionnaire, les auteurs précisent que le débiteur invoque la cession devrait pouvoir être interprété comme une acceptation tacite rendant la cession efficace à son égard⁹¹¹.

332. Quant aux défenseurs de la conception éclectique, ils considèrent que l'accomplissement des formalités de l'article 1690 du Code civil à l'égard du débiteur cédé n'est nécessaire que dans certaines hypothèses. Ce serait le cas lorsque le débiteur cédé aurait intérêt à ce que le cédant reste son créancier. Dans de telles hypothèses, le débiteur aurait la qualité de tiers au sens de l'article 1690 du Code civil et, par conséquent, les formalités mentionnées dans cette

l'accomplissement des formalités. Mais le concernant il ne s'agit là que d'une sorte de faveur légale qui reste techniquement contingente. Celle-ci paraît inutile toutes les fois où il est hors de doute que le débiteur cédé connaissait l'existence de la cession ». D'une manière plus nette encore l'auteur précise : « *Si l'on admet ce raisonnement, il n'y a plus de raison de contester que cette information puisse tout aussi bien être délivrée au débiteur par tout moyen présentant des garanties équivalentes. Les conséquences du transfert devraient ainsi jouer à plein dès la date à laquelle il est possible de démontrer de manière irréfutable que le débiteur cédé a eu connaissance de la cession* » (*op. cit.*, n° 598, p. 436)

⁹⁰⁷ G. FOREST, *ibidem.*, n° 600, p. 438 : « *Ces solutions commandent d'avancer dans le temps l'opposabilité des exceptions à la date de la cession, dans la mesure où les parties au rapport changent dès cette époque, et non pas à celle de l'accomplissement des formalités de l'article 1690. La précision amène à souhaiter l'abrogation de l'article 1295, alinéa 2, du Code civil, qui procède d'une confusion, que les travaux préparatoires démontrent, entre le transfert de la créance et son opposabilité aux tiers* ».

⁹⁰⁸ J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, Régime général, 3^e éd., Economica, 2013, n° 394, p. 410.

⁹⁰⁹ J. FRANÇOIS, *ibidem.*

⁹¹⁰ Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse préc., t. I, n° 56, p. 113. L'auteur considère qu'une telle possibilité trouverait son fondement dans l'ancien article 1691 du Code civil français.

⁹¹¹ J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations, Régime général*, 3^e éd., Economica, 2013, n° 368, p. 395.

disposition constitueraient de véritables mesures d'opposabilité à son encontre. Dans les autres hypothèses, l'accomplissement des formalités de l'article 1690 du Code civil ne serait pas nécessaire⁹¹².

L'intérêt majeur d'une telle distinction réside dans les conséquences sur le régime de l'opposabilité des exceptions par le débiteur. Elle tend à démontrer que l'opposabilité de certaines exceptions au cessionnaire serait assujettie à l'accomplissement des formalités prévues à l'article 1690 du Code civil⁹¹³ alors que l'opposabilité d'autres exceptions n'y serait pas assujettie, mais le serait, en revanche, à la simple connaissance de la cession par le débiteur⁹¹⁴.

Dans la première hypothèse, le débiteur invoquerait un droit concurrent à celui d'un autre ayant cause du cédant et, par conséquent, il aurait la qualité de tiers à la cession. La date du transfert serait déterminante pour trancher le litige entre le droit invoqué par le débiteur et acquis du chef du cédant, et le droit invoqué par le cessionnaire ou un autre ayant cause du cédant. L'efficacité de l'exception opposée par le débiteur dépendrait finalement du fait qu'elle ait été acquise antérieurement à la date d'opposabilité du transfert⁹¹⁵.

Dans la seconde hypothèse, le débiteur n'invoquerait pas un droit concurrent à celui d'un autre ayant cause du cédant, mais, en revanche, il opposerait soit une exception portant sur l'objet du droit⁹¹⁶ (cas dans lequel la détermination de la date du transfert serait indifférente), soit l'exception de paiement ce qui requerrait seulement de tenir compte de sa bonne foi⁹¹⁷.

⁹¹² G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, thèse préc., n° 65, p. 66 et n° 96, p. 92 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 1415, p. 801.

⁹¹³ Par exemple dans le cas de l'exception de compensation légale ou conventionnelle, ou même d'une remise de dette : G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, thèse préc., n° 65, p. 66 et n° 96, p. 92 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 1415, p.801, note 46.

⁹¹⁴ Notamment l'exception de paiement : G. ANSALONI, *ibidem.*, n° 134, p. 120 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *ibidem.* Même si les auteurs qui défendent cette double qualité du débiteur semblent d'accord sur le principe, il existe d'importantes différences quant au critère spécifique pour déterminer si le débiteur a la qualité de « tiers » à la cession. MM. Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck considèrent que le débiteur serait un « tiers » lorsqu'il est lui-même devenu créancier du cédant, dans le cas de la compensation par exemple, ou lorsqu'il a traité avec le cédant, une remise de dette par exemple (Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 1415, p.801, note 46). Pour sa part, M. Ansaloni souligne que le débiteur serait un « tiers » au sens de l'article 1690 du Code civil lorsqu'il acquiert un droit du chef du cédant concurrent à celui d'un autre ayant cause. On voit donc que le critère est plus ambigu. Preuve en est, M. Ansaloni distingue les exceptions substantielles et le paiement (ce dernier serait une exception autonome), pour lesquelles le débiteur n'agirait pas en tant que « tiers », des autres exceptions, qui seraient celles où le débiteur agirait en tant que « tiers ». Pour l'opposabilité de ces dernières, il serait nécessaire de tenir compte de la date d'accomplissement de la signification ou de l'acceptation dans un acte authentique (G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, *op. cit.*, n° 134, p. 120). De même, nous aurons l'occasion de montrer que les auteurs ne semblent pas d'accord sur les moyens de connaissance de la cession par le débiteur. Alors que certains semblent admettre l'efficacité d'une simple connaissance indirecte ; d'autres semblent tout de même exiger une information du débiteur.

⁹¹⁵ Plus spécifiquement à propos de l'exception de compensation légale : G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, thèse préc., n° 132, p. 118.

⁹¹⁶ L'auteur explique qu'il s'agirait d'un moyen de défense relatif à la substance ou au contenu de la créance. Plus précisément, il s'agirait non seulement du fait générateur de la créance mais encore du rapport synallagmatique (G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, *ibidem.*, n° 321, p. 279).

⁹¹⁷ G. ANSALONI, *ibid.*, n° 249, p. 217. Cela permettrait même de justifier le fait de l'opposabilité des exceptions apparues postérieurement à la date du transfert.

333. L'analyse proposée par ces auteurs tente d'expliquer, ou plutôt de justifier, les décisions divergentes de la jurisprudence. En effet, celle-ci n'hésite pas à reconnaître expressément la qualité de tiers à la cession du débiteur afin de lui refuser, par exemple, la possibilité d'invoquer à l'encontre du cédant sa connaissance de la cession avant l'accomplissement des formalités de l'article 1690 du Code civil⁹¹⁸. Il en serait également ainsi des décisions qui refusent l'équivalence entre la simple connaissance du débiteur et les formalités prévues par cette disposition⁹¹⁹.

Cependant, certains arrêts reconnaissent la validité du paiement fait par le débiteur entre les mains du cessionnaire avant l'accomplissement des formalités de l'article 1690⁹²⁰. Plus précisément, quelques décisions admettent que, malgré l'inobservation de ce dernier, le cessionnaire puisse introduire des mesures conservatoires afin de préserver sa créance⁹²¹, ce qui, de manière plus spécifique, se traduirait par la possibilité d'exiger le paiement auprès du débiteur pourvu qu'un tel paiement ne fasse grief ni au débiteur ni aux tiers⁹²². De même, certains arrêts ont pu admettre, bien que restreinte au débiteur cédé, l'efficacité de l'acceptation par acte sous seing privé⁹²³, ou même une acceptation tacite⁹²⁴. Enfin, certaines décisions acceptent des équivalents à la signification, par exemple une assignation en paiement⁹²⁵ ou tout acte de procédure incluant des éléments nécessaires pour garantir une parfaite information du débiteur au jour du transfert⁹²⁶.

⁹¹⁸ Cass. civ. 27 nov. 1944, *D.* 1945, 78 ; Civ. 20 juin 1938, *D.* 1939, 1, 26 note A. Weill. ; J. DUCLOS, *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, *op. cit.*, n° 419, p. 497, note 3 qui critique cette décision car à son avis la Cour fonde cette solution sur l'interprétation erronée de l'article 1165 du Code civil selon laquelle si le débiteur doit payer le cédant, sans pouvoir invoquer l'existence de la convention de cession de créance, cela s'expliquerait par le fait que cette convention serait *res inter alios acta* à son égard.

⁹¹⁹ Req. 17 mars 1840, *S.* 1840, 1, 97 ; Cass. civ. 27 nov. 1944, *D.* 1945, 78 ; *RTD civ.* 1945, 119, obs. M. Boitard. Voir pour une décision récente : Cass. civ. 1^e, 22 mars 2012, n° 11- 15151, *Bull. civ.* I, n° 60 : *RTD civ.* 2012, 315, obs. B. Fages ; G. ANSALONI, note sous *D.* 2012, 1524 ; X. Delpéch, « Cession de créance : respect impératif du formalisme légal », *D. act.* 10 avril 2012. Voir cependant une décision ancienne en admettant une telle connaissance : Req. 17 août 1844, *DP* 1845, 4, 508 ; *S.* 1849, 1, 48 ; Req. 17 fév. 1874, *D.* 1874, 1, 281, *S.* 1875, 1, 399.

⁹²⁰ Cass. civ. 9 mars 1864, *DP* 1864, 1, p. 190.

⁹²¹ Cass. civ. 1^e mai 1889, *DP*, 1890, 1, p. 264. Cette solution est conforme à l'article L-511-1 du Code des procédures civiles d'exécution en droit français selon lequel « Toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut solliciter du juge l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement ».

⁹²² Cass. civ. 3^e, 26 févr. 1985, *JCP* 1986, II, 20607, note Petit ; *RTD civ.* 1986, 349, obs. J. Mestre ; Cass. com. 28 sept. 2004, n° 03-12023, *Bull. civ.* IV, n° 173, *JCP* 2005, I, 107, n° 10, obs. Ph. Pétel où la Cour admet que le cessionnaire peut réclamer le paiement

⁹²³ Cass. civ. 1^e déc. 1856, *DP* 1856, 1, 439 ; Civ. 26 janv. 1863, *DP* 1863. I. 48 ; Cass. civ. 2^e, 17 oct. 2013, n° 12-15967, inédit.

⁹²⁴ Cass. com. 18 déc. 1951, *Bull. civ.* II, n° 403 ; Cass. civ. 3^e, 14 déc. 1994, n° 92- 19351, *Bull. civ.* III, n° 212 ; *JCP* 1995, IV, 388 ; Cass. civ. 1^e, 19 sept. 2007, n° 06-11814, *Bull. civ.* I, n° 276, *D.* 2007, *AJ* 2469 ; *JCP* 2007, IV, 2877 ; Cass. civ. 1^e, 12 nov. 2015, n° 14-26294, inédit ; *RGDA*, jav. 2016, n° 112, p. 20, note A. Péliissier.

⁹²⁵ Cass. com. 4 juin 1996, n° 94-14768, *Bull. civ.* IV, n° 156 ; *D.* 1996, Jur. 630, note M. Billiau ; *JCP* 1996, II, 22744, note M. Tailleens-Dessalle. La jurisprudence admet aussi que la déclaration de la créance effectuée par le cessionnaire équivaut à la signification au débiteur cédé : C.A. Paris, 10 sep. 2001, *D.* 2001, 2974. Il en va de même des conclusions pouvant valoir signification de la cession : Cass. com. 29 fév. 2000, n° 95-17400, *Bull. civ.* IV, n° 41 ; Cass. civ. 1^e, 24 oct. 2006, n° 04-10231, *Bull. civ.* I, n° 433, *D.* 2006, *AJ* p. 2787 ; *JCP* 2006, IV, 3229.

⁹²⁶ Cass. civ. 2^e, 8 nov. 2007, n° 06-14448, *Bull. civ.* II, n° 249.

334. Conformément à la législation ancienne, la détermination de la qualité du débiteur dans le cadre de la cession de créance de droit commun s'avère fondamentale pour établir le moment de production des effets de la cession à son égard. Les enjeux d'une telle détermination ne sont plus les mêmes depuis l'entrée en vigueur de la réforme réalisée par l'ordonnance du 10 février 2016.

b) Après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016

335. Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont pris soin de distinguer entre opposabilité de la cession à l'égard des tiers et opposabilité de la cession au débiteur de la créance cédée. En ce qui concerne ce dernier, l'opposabilité de la cession est conditionnée à sa notification ou à sa prise d'acte ; s'agissant des tiers, l'opposabilité a lieu à la date de l'acte⁹²⁷. Cette différence de traitement expressément consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016 rendrait, en principe, sans objet toute discussion à propos de la détermination de la qualité du débiteur. En précisant les formalités nécessaires pour que la cession produise des effets à l'égard de celui-ci, il semblerait que les rédacteurs de cette ordonnance aient voulu mettre fin à toutes les incertitudes relatives à la qualité du débiteur de la créance cédée. Cependant, la réforme ne retire pas tout intérêt à cette question.

Preuve en est, s'agissant d'autres opérations portant sur des créances, malgré la distinction expressément opérée par le législateur entre tiers et débiteur de la créance, certains auteurs continuent de s'interroger sur la possibilité d'accorder à ce dernier, bien que de manière exceptionnelle, la qualité de tiers. Le but est précisément de justifier que l'on se passe, dans certaines hypothèses, de l'accomplissement des formalités prévues pour l'efficacité de l'opération à son égard.

336. Rappelons qu'en matière de nantissement, un auteur a pu souligner que malgré l'exigence d'une notification de nantissement au débiteur de la créance cédée ou celle de son intervention à l'acte pour que le nantissement lui soit opposable conformément à l'article 2362 du Code civil, il existerait des hypothèses dans lesquelles l'accomplissement de telles formalités serait inutile à son égard. Il en serait ainsi, par exemple, lorsque le débiteur de la créance nantie invoque un droit concurrent sur la créance ; autrement dit, dans les cas où il n'interviendrait pas comme sujet passif de l'obligation mais plutôt en tant que sujet ayant acquis un intérêt à ce que le nantissement n'ait pas été consenti. Il s'agirait, par exemple, de l'hypothèse dans laquelle le débiteur peut invoquer la

⁹²⁷ La question relative à l'opposabilité de la cession aux tiers conformément aux modifications apportées par l'ordonnance du 10 février 2016 sera étudiée plus loin : V. *infra* n° 783 s.

compensation⁹²⁸. La porosité de la distinction entre les notions de tiers et de débiteur expliquerait cette possibilité. Autrement dit, il serait nécessaire de déterminer la nature de la prétention que le débiteur veut faire valoir afin de déterminer s'il agit en tant que débiteur de la créance cédée ou en qualité de tiers⁹²⁹. Cette solution s'expliquerait par le caractère fonctionnel de la notion de tiers.

337. On sait que l'interrogation portant sur la qualité du débiteur en droit commun est d'une importance majeure en droit positif français. De la réponse donnée dépendra la détermination du moment de production des effets de la cession à l'égard du débiteur. Cette question risque néanmoins de perdre de son importance à partir de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 en raison de la distinction précédemment évoquée. Cependant, nous avons montré qu'une telle démarche n'est peut-être pas suffisante pour clore définitivement le débat autour de la question relative à la qualité du débiteur de la créance cédée. Dans tous les cas, indépendamment de la réforme, la détermination de la qualité du débiteur conserve tout son intérêt en matière de cession Dailly.

2- La cession Dailly

338. D'après l'article L. 313-27, alinéa 1^{er} du Code monétaire et financier, « *La cession ou le nantissement prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise, quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité des créances cédées, sans qu'il soit besoin d'autre formalité, et quelle que soit la loi applicable aux créances et la loi du pays de résidence des débiteurs* ». La lecture de cette disposition permet de constater qu'à la différence de la cession de créance de droit commun, le législateur n'a pas établi de dissociation entre le moment d'efficacité de la cession Dailly à l'égard des parties et celui de son opposabilité aux tiers⁹³⁰.

339. Dès lors, si le débat relatif à la qualité du débiteur en matière de cession Dailly reste ouvert, il ne se pose pas dans les mêmes termes que dans le droit commun. Alors qu'en droit commun, le choix de qualification du débiteur -partie ou tiers- aura une incidence sur le moment de production des effets de la cession de créance à son égard, il n'en va pas de même en matière de cession Dailly. De fait, indépendamment de la qualification de partie ou de tiers, la cession produira des effets à

⁹²⁸ M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, op. cit., n° 99, p. 70 : « *Lorsqu'il invoque une compensation, le débiteur doit être considéré comme un créancier du constituant cherchant à s'approprier, à titre de paiement, la créance nantie dont il est lui-même le sujet passif. Or, comme tout saisissant, il est un ayant cause du constituant et donc un tiers au sens de l'article 2361 du Code civil* ».

⁹²⁹ M. JULIENNE, *ibidem*, n° 81 et s, p. 58 et s.

⁹³⁰ R. BONHOMME, *Instruments de crédit et de paiement*, 10^e éd. LGDJ, 2013, n° 263, p. 206 qui fait référence à l'opposabilité immédiate de la cession aux tiers ; Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, op.cit., n° 748, p. 546 : « *Il s'agit donc d'un mode de transfert simplifié puisque la seule remise du bordereau suffit à investir le cessionnaire de la propriété des créances cédées* » ; Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, 9^e éd, LexisNexis, 2015, n° 731, p. 444.

l'encontre du débiteur à partir de la date apposée sur le bordereau lors de sa remise par le cédant au cessionnaire. C'est pourquoi les auteurs qui contestent la qualité de tiers au débiteur de la créance cédée au sens de l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier ne proposent pas de le qualifier de partie à la cession⁹³¹.

340. Le débiteur n'étant ni un tiers ni une partie à la cession au sens de l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier, il reste à déterminer à partir de quel moment la cession devrait produire des effets à son égard. Pour les partisans de l'exclusion du débiteur de la catégorie des tiers et ceux qui, sans remettre en question la qualité de tiers, plaident pour un tempérament de l'opposabilité immédiate de la cession à son égard, l'opposabilité de la cession au débiteur devrait avoir lieu à partir de sa notification⁹³². Ainsi, alors que la cession serait opposable aux tiers à partir de la date apposée sur le bordereau, elle ne le serait au débiteur qu'à partir du moment où celui-ci serait informé de la cession. Une telle position se fonde sur une interprétation assez particulière de l'article L. 313-28 du Code monétaire et financier.

341. Pour mieux comprendre la position de ces auteurs, rappelons que cet article reconnaît la possibilité pour le cessionnaire de notifier la cession au débiteur afin de lui interdire de se libérer entre les mains du cédant⁹³³. La notification ainsi prévue déterminerait, en réalité, le moment à partir duquel la cession deviendrait opposable au débiteur. Comprise en ce sens, une telle notification remplirait une fonction analogue à celle de la signification de l'article 1690 du Code civil ce qui expliquerait que le paiement réalisé par le débiteur cédé entre les mains du cédant avant la notification soit libératoire ; ce que prévoit effectivement l'article L. 313-28 du Code monétaire et financier⁹³⁴. En outre, le fait de reconnaître cette fonction à la notification d'une cession Dailly servirait à expliquer certaines décisions jurisprudentielles selon lesquelles, en présence de dettes non connexes⁹³⁵, la date à

⁹³¹ D. SCHMIDT et Ph. GRAMLING, « La loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises », *D.* 1981, chron. XXXI, spéc. n° 28, p. 222-223 ; v. notamment D. AMMAR, note sous Cass. com., 8 fév.1994, *JCP E* 1995, II, 707, p. 148 estimant que la notification de l'article 5 de la loi Dailly (art. L.313-28 du CMF) sert à rendre la cession opposable au débiteur cédé ; J.-P. CHAZAL, « Cession de créances, transfert de propriété et loi Dailly », *D.* 2000, p. 567, spéc. n° 6 qui sans refuser expressément la qualité de « tiers » du débiteur considère pourtant que la cession ne lui serait opposable qu'à partir de la notification.

⁹³² V. Pour un résumé à propos des enjeux de la détermination de la qualité en matière de cession Dailly et plus spécifiquement à propos de la discussion sur la qualité de tiers : F. KUASSI DECKON, « *La notification de la cession de créances professionnelles* », *RTD com.* 2005. 649. Voir aussi en faveur de l'analyse selon laquelle la cession ne serait opposable au débiteur en matière de cession Dailly qu'à partir de la notification : M. JULIENNE, *Le nantissement de créance, op. cit.*, n° 80, p. 57.

⁹³³ L'article L. 313-28 du CMF dispose : « *L'établissement de crédit ou la société de financement peut, à tout moment, interdire au débiteur de la créance cédée ou nantie de payer entre les mains du signataire du bordereau. A compter de cette notification, dont les formes sont fixées par le décret en Conseil d'Etat prévu à l'article L. 313-35, le débiteur ne se libère valablement qu'après de l'établissement de crédit ou de la société de financement* ».

⁹³⁴ Il s'agit de la conséquence à retenir en raison d'une interprétation *a contrario* de l'article L. 313-28 du CMF.

⁹³⁵ Nous reviendrons sur cette notion lors de l'étude de la règle de l'opposabilité des exceptions : V. *infra* n° 527 s. Pour le moment, il suffira ici de signaler que la compensation de dettes connexes obéit à un régime particulier tant en matière de

partir de laquelle aucune compensation ne pourrait plus être invoquée serait celle de la notification au débiteur et non celle figurant sur le bordereau⁹³⁶.

342. Pour les partisans de l'opposabilité immédiate de la cession au débiteur en sa qualité de tiers au sens de l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier, ces solutions jurisprudentielles peuvent s'expliquer autrement que par l'exclusion du débiteur de la catégorie des tiers.

Plus précisément, ils soulignent que le caractère libératoire du paiement opéré par le débiteur avant la notification facultative de l'article L. 313-28 du Code monétaire et financier s'expliquerait par la bonne foi du débiteur⁹³⁷. La doctrine majoritaire semble d'accord sur le fait que le cédant, n'étant plus titulaire de la créance, procéderait à son recouvrement au titre seulement de mandataire du cessionnaire. Le but de la notification serait donc précisément de révoquer un tel mandat tacite de recouvrement⁹³⁸.

Quant à la compensation de dettes non connexes, certains auteurs soulignent qu'il s'agirait d'une extension à la cession de créances professionnelles de la solution admise en droit commun ; autrement dit, d'une application de l'ancien article 1295, alinéa 2 du Code civil. Cette solution pourrait également trouver un fondement dans le rapprochement de la compensation au paiement et, par conséquent, dans l'application du régime de celui-ci à celle-là⁹³⁹.

Dans tous les cas, les défenseurs de l'appréhension du débiteur comme tiers au sens de l'article L. 313-27 du Code monétaire critiquent la prise en compte de la notification de la cession

cession de créance de droit commun qu'en matière de cession Dailly : le principe est que le débiteur de la créance cédée peut opposer une telle compensation indépendamment de la date d'opposabilité de la cession à son égard. La compensation pour dettes connexes serait donc une « exception inhérente » opposable à tout moment par le débiteur à l'encontre du cessionnaire.
⁹³⁶ Cass. com. 15 juin 1993, *D.* 1993, 495, note Ch. Larroumet ; *RDB.* 1993, 248, obs. J. crédot et Y. Gérard ; Cass. com. 14 déc. 1993, *RJDA*, n° 554 ; CA Paris, 28 sept. 1990, *RTD com.* 1991, 80, obs. M. cabrillac et B. Teyssié. Cependant, il faut noter que plusieurs décisions des juges du fond rendues en 1989 avaient admis que la date à prendre en considération était celle portée sur le bordereau : C.A. Paris, 28 juin 1988, *RTD com.* 1989, p. 508, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié, *D.* 1989, *Somm.* 185, obs. M. Vasseur ; C.A. Chambéry, 22 mai 1989, *D.* 1990, *Somm.* p. 232, obs. M. Vasseur ; Cass. com. 29 oct 2003, n° 01- 10. 868, *Banque et droit*, mars-avril 2004, p. 60 obs. Th. Bonneau.

⁹³⁷F. KUASSI DECKON, « La notification de la cession de créances professionnelles », *RTD com.* 2005, 649. Il s'agirait donc d'une application particulière de la théorie de l'apparence prévue d'une manière générale à l'article 1240 du Code civil français.

⁹³⁸J.-P. DUMAS et M. COHEN-BRANCHE, V° « Cession et nantissement de créances professionnelles », *Rép. com.*, 2006 (maj. Janvier 2015), spéc. n° 35 s ; F. KUASSI DECKON, « La notification de la cession de créances professionnelles », art. préc. ; R. BONHOMME, *Instruments de crédit et de paiement*, op. cit., n° 266, p. 299 : « La notification n'a pas pour effet de rendre opposable la cession au débiteur cédé puisqu'elle l'était déjà depuis la date portée sur le bordereau laquelle, en cas de double mobilisation, accompagnée de double notification, doit seule guider le paiement du débiteur ; mais elle assure l'efficacité, jusqu'alors très limitée, de l'opposabilité : elle emporte, en effet, révocation du mandat d'encaissement donné au cédant ; le cédé ne peut plus se libérer qu'entre les mains du cessionnaire (art. L-313-28), sous réserve du jeu de la compensation des créances connexes » ; contra M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, op. cit., n° 79, p. 57 s : « Contrairement à ce qu'on affirme le plus souvent, si le cédant continue de pouvoir encaisser le paiement de la créance, ce n'est pas parce qu'il est mandataire du créancier. En premier lieu, il n'informe jamais son débiteur de ce qu'il agit en cette qualité, de sorte que le paiement ainsi réalisé serait par nature un quiproquo (...) En second lieu, il est surprenant que la révocation du mandat puisse s'opérer par une simple notification adressée au débiteur, alors que celle-ci suppose généralement qu'un acte soit adressé au mandataire lui-même - quant à la renonciation au mandat, elle semble purement et simplement impossible, dans la mesure où la notification est laissée à la discrétion du cessionnaire ».

⁹³⁹A.-S. HOCQUET-De LAJARTRE, « La protection des droits du débiteur cédé dans la cession Dailly », *RTD com.* 1996, 211, spéc. n° 8 : « Cette décision du 14 décembre 1993 ne paraît s'expliquer que par l'assimilation implicite qu'elle consacre de la compensation légale au paiement libératoire fait par le débiteur cédé entre les mains du cédant en l'absence de notification préalable de la cession » ; R. BONHOMME, *Instruments de crédit et de paiement*, op. cit., n° 267, p. 209.

prévue à l'article L. 313-28 du même code à d'autres fins que celles de la détermination du caractère libératoire du paiement réalisé par le débiteur. Ils prônent une application restrictive de cette dernière disposition⁹⁴⁰, considérée comme nécessaire uniquement afin de protéger le débiteur contre le risque de se voir contraint de réaliser un double paiement en raison du caractère occulte de la cession de créance⁹⁴¹. En revanche, si le débiteur est un tiers au sens de l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier, la cession devrait lui être opposable à partir de la date du bordereau. Ainsi, on devrait tenir compte de cette date, par exemple, pour la mise en œuvre du principe de l'opposabilité des exceptions.

343. Les développements qui précèdent démontrent que l'un des enjeux majeurs de la détermination de la qualité du débiteur en droit français est celui de l'établissement du moment à partir duquel la cession produira des effets à son égard. En revanche, dans le Code civil colombien, à l'instar du Code civil de Bello, le législateur a expressément prévu des formalités nécessaires pour que la cession produise des effets à l'encontre du débiteur. Précisément, son article 1960 prévoit que la cession n'aura d'effets à l'égard du débiteur qu'à partir de la notification de la cession ou de son acceptation. Quant à l'article 1963 du même code, il dispose qu'en l'absence d'une telle notification ou d'une acceptation, le débiteur peut se libérer valablement entre les mains du cédant. Le débat autour de la qualité du débiteur aux seules fins de la détermination du moment auquel la cession serait efficace à son égard ne paraît pas avoir un grand intérêt. Cependant, la détermination de la qualité du débiteur dans le cadre de la cession de créance en droit colombien est loin d'être anodine.

344. En effet, malgré la distinction expressément opérée par le législateur, au moins d'un point de vue théorique⁹⁴², entre débiteur et tiers, la doctrine et la jurisprudence colombiennes évoquent très souvent la qualité de tiers du débiteur afin de considérer qu'il ne peut pas s'immiscer dans le contrat de cession. Cet aspect n'est pas non plus complètement méconnu du droit français. Quelques remarques s'imposent donc quant aux enjeux de la qualification du débiteur au regard de son immixtion dans le contrat de cession.

⁹⁴⁰ D. PARDOEL, *Les conflits de lois en matière de cession de créance*, *op.cit.*, n° 242, p. 123 : « Une autre interprétation plus conforme à l'esprit du législateur est possible. La première phrase de l'article 5 précise l'objet de la notification : il s'agit d'une défense de payer entre les mains du cédant. Or ce mécanisme est connu en droit commun et ne relève pas de l'opposabilité des transferts d'obligation mais du caractère libératoire du paiement effectué de bonne foi ».

⁹⁴¹ P. LE MAIGAT, « La protection du débiteur cédé face au caractère occulte de la « cession Dailly », *RDBF*, mars 2002, n° 2, étude n° 100015, spéc. n° 4.

⁹⁴² Comme nous le verrons, les formalités exigées pour l'efficacité de la cession à l'égard du débiteur sont identiques à celles exigées pour l'efficacité de la cession à l'égard des tiers. V. *infra* n° 384.

B- Les enjeux relatifs à l'immixtion du débiteur dans le contrat de cession

345. Une partie importante de la doctrine et de la jurisprudence colombienne n'hésite pas à insister sur la qualité de tiers du débiteur afin de remarquer qu'il ne peut pas invoquer en sa faveur une quelconque cause d'inefficacité du contrat de cession, dans le but de refuser de s'exécuter entre les mains du cessionnaire. Par exemple, les auteurs affirment que le débiteur ne pourrait se prévaloir d'une cause de nullité relative, ni d'une cause tenant à l'inexécution du contrat de cession⁹⁴³. La jurisprudence va dans le même sens⁹⁴⁴.

346. En ce qui concerne le droit français, nous pouvons constater que la jurisprudence, surtout en matière de cession Dailly, met en avant la qualité de tiers du débiteur afin de lui refuser la possibilité de se prévaloir de l'inexécution des stipulations prévues entre le cédant et le cessionnaire pour échapper à la demande de paiement de ce dernier⁹⁴⁵. De même, plusieurs arrêts de la Cour de cassation refusent au débiteur la possibilité d'invoquer, aux fins de se soustraire à la demande en exécution du cessionnaire, la nullité de la cession conclue entre celui-ci et le cédant⁹⁴⁶. Néanmoins, le

⁹⁴³ M. CASTRO DE CIFUENTES, « Transmisión de las obligaciones », art. préc., n° 6, p. 80 ; F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones, concepto, estructura, vicisitudes*, t. I, *op.cit.*, n° 344, p. 443: « En fin, le débiteur ne peut pas invoquer en sa faveur des irrégularités, des défauts ou des vices du contrat de cession: il n'est pas partie au contrat et il n'est pas possible de considérer qu'il a un intérêt à cela (art. 1742 [2. Ley 50] y 1743 cc). Pour cette même raison, s'il paie un cessionnaire illégitime, son paiement est valable et efficace, et le cessionnaire légitime pourrait exercer son action non contre le débiteur qui "a agi pour une force majeure l'ayant obligé à payer la dette entre les mains du possesseur de la créance, et qui a, par conséquent, éteint sa dette par le paiement" sinon contre celui qui a demandé l'exécution de la créance et qui était en possession de celle-ci ». En droit chilien par exemple, la jurisprudence se prononce dans le sens de l'impossibilité pour le débiteur de refuser de payer le cessionnaire en arguant que celui-ci n'a pas payé le prix de la cession au cédant : Valparaíso, 20 novembre 1919, G. 1919, 2^e semestre, n° 191, p. 785 (C. 4^e, inst. p. 788) cité par G. FIGUEROA YANEZ, *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas*, t. VIII, *Código civil y leyes complementarias*, 3^e éd., Editorial jurídica de Chile, 1997, art. 1902, p. 29.

⁹⁴⁴ Corte Suprema de justicia, sala de casación civil, 31 juillet 1941, *GJ LII*, M.R.: Isaías Cepeda, p. 1-12. Dans cette décision la Cour de cassation casse la décision prise par les juges du fond. Ceux-ci avaient considéré que le débiteur cédé avait la faculté de demander la nullité relative de la cession de créance. La Haute juridiction critique la décision des juges du fond en arguant que le débiteur, n'étant pas partie à la cession mais tiers à celle-ci, n'avait pas la légitimité pour invoquer la nullité de la cession en sa faveur. Dans le même sens: Corte Suprema de justicia, sala de casación civil, 26 mars 1942, *GJ LIII*, M. R. : Arturo Tapias Pilonieta, p. 544-558; Corte Suprema de justicia, sala de casación civil, 12 septembre 1950, *GJ LXVIII* M. R.: Pedro Castillo Pineda, p. 55-63. Dans le même sens : Consultation n° 633 de 2013 devant le bureau de conseil juridique de la Surintendance de notariat et de registre : https://www.supernotariado.gov.co/portalsnr/images/archivosupernotariado/normatividad2013/conceptos/concepto633_de2103.pdf (consulté le 2 septembre 2015) ; Sentence arbitrale « Inversiones Petroleras S.A, Inverpetrol vs Repsol Exploracion S.A », 21 septembre 1994, Arbitres : Antonio De Irrisari Restrepo, Carlos Holguín Holguín y Fernando Medina Arroyo: « Le débiteur, d'autre part, peut opposer au cessionnaire les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant, originaires du contrat d'où la créance est issue, telle que la nullité dudit contrat, mais il est clair qu'il ne peut pas invoquer la nullité de la cession conclue entre le créancier et le tiers cessionnaire ».

⁹⁴⁵ Cass. com. 19 mai 1992, *Bull. civ.* IV, n° 189 ; *JCP* 1992, IV, 2039. Dans le commentaire il est précisé : « Il résulte de l'article 1165 du Code civil que le débiteur cédé, qui a accepté la cession de la créance effectuée selon les modalités prévues par la loi du 2 janvier 1981 ne peut, pour échapper au paiement de la dette, se prévaloir du non-respect par le cédant ou le cessionnaire des conventions intervenues entre eux ». En l'espèce, le débiteur d'une créance cédée dans le cadre de la cession Dailly invoquait en sa faveur, afin de refuser de se libérer entre les mains du cessionnaire, l'inexécution d'une des stipulations prévues dans le contrat de cession. Il s'agissait plus précisément d'une clause selon laquelle en cas de non-paiement, à l'échéance, les cessions des créances professionnelles seraient résolues de plein droit, le cédant retrouvant la propriété des créances non-réglées. La Haute juridiction approuve la décision du juge du fond consistant à écarter la prétention du débiteur, sous le fondement de sa qualité de tiers au contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire.

⁹⁴⁶ Cass. civ. 3^e, 17 avril 2013, n° 11-10.710, inédit, *AJDI* 2013, 685. En l'espèce, le débiteur d'une créance cédée demande l'annulation de la cession en raison du fait qu'elle avait été l'objet d'un pacte de corruption. Le juge du fond refuse la demande du débiteur cédé. Celui-ci forme un pourvoi en cassation. La Haute juridiction approuve la décision du juge du fond en

débiteur d'une créance cédée pourra toujours se prévaloir de la nullité de la cession déclarée par l'autorité compétente pour tenter d'échapper à son obligation de se libérer entre les mains du cessionnaire. La distinction entre l'action en nullité et les conséquences de l'annulation d'un acte permettent d'expliquer cette différence de traitement⁹⁴⁷. La jurisprudence affirme également la qualité de tiers à la cession du débiteur afin de lui refuser l'opportunité d'invoquer en sa faveur l'absence de pouvoir du signataire du bordereau pour ne pas se libérer entre les mains du cessionnaire⁹⁴⁸.

347. La détermination de la qualité du débiteur s'avère donc importante, non seulement pour établir le moment à partir duquel la cession de créance produirait des effets à son égard, mais également pour trancher le débat relatif au degré d'immixtion du débiteur dans le contrat de cession. Cependant, une telle qualification semble aussi fondamentale pour garantir une protection au débiteur de la créance cédée.

C- Les enjeux relatifs à la protection du débiteur

348. Une partie importante de la doctrine, en France comme en Colombie, reconnaît la qualité de tiers au débiteur afin de justifier une protection accrue en sa faveur. Ce serait précisément la qualité de tiers qui éviterait que le débiteur ne voie sa situation aggravée comme conséquence d'un acte auquel il n'a pas consenti. Trois exemples de ce postulat peuvent être cités : les deux premiers relèvent du droit interne, français et colombien ; le troisième ressort du domaine du droit international.

349. Le premier exemple, propre au droit français, concerne la création d'une obligation d'information à la charge du débiteur. Afin de bien comprendre les enjeux de cette question, précisons tout d'abord que le législateur a consacré, en matière de saisie-attribution de créances, une obligation

arguant précisément de la qualité de « tiers » du débiteur ainsi que de l'absence de preuve d'un intérêt légitime à la remise en question de la validité de la cession. La Haute juridiction insiste sur le fait que le transfert de la créance était indifférent à l'obligation de s'acquitter de la dette qui pesait sur le débiteur.

⁹⁴⁷ V. not. Cass. com. 3 juin 1997, *RTD com.* 1999, 202, obs. A. Martin-Serf qui précise que même s'il est normal de réserver l'initiative d'une action en nullité de la période suspecte aux organes de la procédure, il serait incompréhensible d'interdire aux tiers d'invoquer en leur faveur l'anéantissement d'un acte par suite d'une décision de justice ayant la force de chose jugée. Il convient de souligner, en ce qui concerne la nullité du contrat de vente pour indétermination du prix par exemple, que si à une époque le débiteur aurait pu exciper de la nullité de la vente en invoquant cette raison, ce n'est plus le cas aujourd'hui. Si selon la jurisprudence antérieure, dans l'hypothèse d'indétermination du prix le contrat de vente était frappé de nullité absolue, ce n'est plus le cas aujourd'hui. Désormais, la vente dont le prix est fictif ou inexistant est nulle d'une nullité relative. Ainsi, seul le vendeur pourrait l'invoquer. Voir à propos de cette évolution : Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 218, p. 164-165. Voir à propos des incidences de cette évolution dans le domaine de l'opposabilité des exceptions par le débiteur en matière de cession de créance : Ch. LACHIEZE, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, *op. cit.*, n° 489, p. 481-482 : « *De fait, le débiteur cédé ne pourra exciper que de la nullité absolue de l'opération de transfert, ou bien de la nullité relative ou de la résolution de cette opération qui auront été prononcées* ».

⁹⁴⁸ Cass. com., 21 septembre 2010, n° 09-11707, *Bull. civ.* IV, n° 138 ; *JCP E*, 2010, 2099 note K. Rodriguez.

d'information à la charge du tiers saisi⁹⁴⁹. Cette obligation est encadrée aux articles L. 211-3, R. 211-4 et 211-5 du CPCE. Sans entrer dans les détails d'une telle prescription, il est néanmoins opportun de signaler que le tiers saisi est tenu de fournir certaines informations au moment de la procédure de la saisie-attribution de créances⁹⁵⁰. En cas de violation de cette obligation, il peut être condamné au paiement des sommes dues au créancier et risque également de devoir s'acquitter de dommages et intérêts⁹⁵¹.

En s'inspirant des dispositions citées en matière de saisie-attribution, une partie minoritaire de la doctrine suggère de créer une telle obligation d'information à la charge du débiteur de la créance cédée, et cela sous peine de pouvoir engager la responsabilité de celui-ci⁹⁵². De la sorte, en cas de défaut d'information ou même d'information incomplète ou défectueuse de la part du débiteur, celui-ci devrait être condamné à payer au cessionnaire le montant de la créance cédée.

Parmi les raisons invoquées en faveur de l'extension de l'obligation d'information, deux méritent attention. D'une part, le fait que le débiteur soit le sujet passif de l'obligation ; ainsi, il serait le mieux placé pour informer les tiers non seulement de l'existence de la créance cédée mais également de son étendue ainsi que d'autres éventuelles opérations dont elle est l'objet⁹⁵³. D'autre part, le principe de loyauté dans les affaires permettrait de conclure à la mauvaise foi du débiteur qui, malgré la connaissance d'une cession antérieure ou d'une autre cause d'inefficacité de la cession, occulterait une telle information au cessionnaire⁹⁵⁴. Par ailleurs, certains auteurs soulignent, sans approfondir la

⁹⁴⁹L'article 44 de la loi du 9 juillet 1991 sur la saisie-attribution dispose que « le tiers saisi est tenu de déclarer au créancier l'étendue de ses obligations à l'égard du débiteur saisi ainsi que les modalités qui pourraient les affecter et, s'il y a lieu, les cessions de créance, délégations ou saisies antérieures ». Cette disposition est complétée notamment par les articles 59 et 60 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 qui régleme les conditions de la déclaration du tiers saisi et les sanctions en cas de violation de l'obligation à sa charge.

⁹⁵⁰ L'article 211-3 dispose : « Le tiers saisi est tenu de déclarer au créancier l'étendue de ses obligations à l'égard du débiteur ainsi que les modalités qui pourraient les affecter et, s'il y a lieu, les cessions de créances, délégations ou saisies antérieures ».

⁹⁵¹ Une telle sanction est prévue à l'article R. 211-5 du CPCE : « Le tiers saisi qui, sans motif légitime, ne fournit pas les renseignements prévus est condamné, à la demande du créancier, à payer les sommes dues à ce dernier sans préjudice de son recours contre le débiteur. Il peut être condamné à des dommages et intérêts en cas de négligence fautive ou de déclaration inexacte ou mensongère ».

⁹⁵² A.-S. HOCQUET-De LAJARTRE, « La protection du débiteur cédé dans la cession Dailly », art. préc., spéc. n° 16 : « En effet, on ne peut faire abstraction d'une exigence minimale de morale des affaires alors qu'on dénonce par ailleurs son délitement dans les conduites commerciales ».

⁹⁵³ Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse préc., t. I, n° 41, p. 79 : « On peut très bien permettre à un ayant cause du cédant d'exiger la communication de l'acceptation ou de la signification, et que le débiteur engagera sa responsabilité civile en donnant une information erronée ». Sans se référer expressément à une quelconque obligation d'information, certains auteurs classiques défendent la pertinence de se servir du débiteur pour informer les tiers : C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. XVII par J.-B. Duvergier, Renouard, Paris, 1835, n° 180, p 217-218 : « En exigeant la signification à celui-ci, ou son acceptation par acte authentique, il est évident que l'on subordonne l'efficacité de la transmission à la connaissance qui en est donnée au débiteur cédé, et cette connaissance par lui acquise a les plus heureux résultats pour les tiers. En effet, d'une part, celui à qui l'on propose d'acheter une créance a un moyen assuré de savoir si déjà une transmission antérieure n'a pas déponillé le vendeur, il n'a qu'à s'adresser au débiteur et à lui demander s'il n'a pas reçu la signification d'un précédent transport, ou s'il ne l'a point revêtu de son acceptation. Sur sa réponse négative, on peut acheter avec certitude. D'un autre côté, le débiteur cédé pourrait de bonne foi payer son ancien créancier, dans l'ignorance du transport qui aurait été fait ; avec la signification ou l'acceptation, cela n'est pas possible ».

⁹⁵⁴ F. PETIT, « Réflexions sur la sécurité dans la cession de créance dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *D.* 2006, p. 2819, spéc. 12 qui reconnaît pourtant qu'un tel système présente des défauts dans la mesure où il alourdit le mécanisme de circulation des créances et fait peser un devoir de renseignement sur le débiteur cédé, étranger à la cession. Néanmoins, selon cet auteur, il offre des avantages dans la mesure où le mobilisateur dispose d'un moyen simple pour rendre fiable la transmission de la créance à son profit.

question, que l'obligation d'information serait la contrepartie nécessaire à la reconnaissance en faveur du débiteur de l'opposabilité des exceptions contre le cessionnaire et, d'une façon plus large, de la contrepartie de la reconnaissance de certains droits en faveur du débiteur⁹⁵⁵.

Cette position a pu être défendue à une époque par les juges du fond⁹⁵⁶ et même par la Haute juridiction judiciaire française⁹⁵⁷, bien qu'elle semble aujourd'hui complètement abandonnée⁹⁵⁸. Sans entrer dans les détails des arguments avancés au soutien ou en défaveur de l'obligation d'information à la charge du débiteur⁹⁵⁹, signalons toutefois que c'est précisément afin de remettre en question la pertinence de la création d'une telle obligation d'information que certains auteurs mettent en avant sa qualité de tiers à la cession. En tant que tel, le débiteur ne devrait pas se voir imposer une telle obligation⁹⁶⁰. Affirmer le contraire signifierait admettre une exception à l'effet relatif du contrat, car la création d'une obligation d'information à la charge du débiteur de la créance cédée dépasserait le domaine de la simple opposabilité du contrat aux tiers.

350. Le deuxième exemple est issu du droit colombien et porte sur la cession d'une créance litigieuse⁹⁶¹. L'un des aspects les plus importants de ce type d'opération réside dans les conséquences processuelles qu'elle entraîne. Le changement de créancier, effet général de la cession de créance, risque de modifier les parties au procès dans le cadre de la cession d'une créance litigieuse. Le droit colombien, à la différence du droit français, régit aussi bien les aspects substantiels que les aspects processuels de la cession d'une créance litigieuse.

L'une des dispositions prévues à cet effet dans le Code général du procès colombien concerne la mise en œuvre du changement du sujet processuel par la cession d'une créance litigieuse.

⁹⁵⁵ A.-S. HOCQUET-DE LAJARTRE, « La protection des droits du débiteur cédé dans la cession Dailly », art. préc., nos 13 et 14, p. 222-223 ; D. LEGEAIS, « Les rapports de l'établissement de crédit cessionnaire de créances professionnelles et des débiteurs cédés », *RDBB*, juillet-août 1990, 148, spéc. p. 149.

⁹⁵⁶ C.A. Paris, 29 janv. 1991, *D.* 1991, 79 ; *RTD com.* 1991, p. 423, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

⁹⁵⁷ Cass. com., 23 oct. 1990, *RTD com.*, 1990, p. 619, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié. Il en est de même dans d'autres décisions des juges du fond : C.A. Aix -en-Provence, 9 nov. 1998, *Banque* 1989, p. 340, obs. J. L. Rives-Lange ; C.A. Paris, 29 janv. 1991, *D.* 1991, inf. rap. p. 79.

⁹⁵⁸ Cass. com., 24 mars 1992, n° 90-14678, *Bull.* IV, n° 128 ; *JCP E* 1992, II, 336, note D. Legeais ; Cass. com., 9 fév. 1999, n° 95-18664, inédit ; Cass. com., 29 mai 2001, n° 98-17469, *Bull. civ.* IV, n° 107 ; Cass. com., 4 mars 2008, n° 06-19725, inédit ; *Banque et Droit*, 2008, n° 119, p. 21, obs. Th. Bonneau ; Cass. com., 1^{er} mars 2016, n° 14-25595, inédit.

⁹⁵⁹ V. *infra* n° 560 s.

⁹⁶⁰ P. LE MAIGAT, « La protection du débiteur cédé face au caractère occulte de la « cession Dailly », art. préc., spéc. n° 9 : « En l'absence de dispositions légales contraignantes, il n'y a pas lieu d'instituer une obligation d'information ou de renseignement à la charge du débiteur cédé sur l'existence et la valeur des créances cédées. Celui-ci doit en effet être considéré comme un tiers par rapport à la cession, et le cessionnaire ne saurait mettre unilatéralement une obligation à sa charge » (nous soulignons) ; R. BONHOMME, *Instruments de crédit et de paiement, op.cit.*, n° 268, p. 210 : « La chambre commerciale, après une hésitation, a fort heureusement refusé d'imposer au cédé un tel devoir ; en effet, le seul principe res inter alios acta doit interdire de faire peser sur les tiers à la cession que sont les débiteurs cédés, une obligation positive aussi lourde » (nous soulignons) ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1322 : « Le débiteur cédé n'a pas à informer le cessionnaire-son nouveau créancier-des risques de non-paiement, notamment à la suite des procédures collectives qui se sont ouvertes contre lui : c'est au créancier cessionnaire qu'il appartient de veiller à la sauvegarde de ses propres droits » ; T. JACOB, *Cession de créance et opposabilité*, thèse préc., n° 364, p. 181.

⁹⁶¹ A propos de la cession d'une créance litigieuse : V. *infra* n° 609.

L'alinéa 3 de l'article 68 du Code général du procès consacre deux possibilités tendant à garantir à l'acquéreur d'un droit litigieux une intervention effective au procès. La première possibilité consiste dans l'intervention à titre de *litisconsorte*⁹⁶² du titulaire initial, une sorte d'intervention accessoire ayant pour objectif principal de permettre à l'intervenant de renforcer les intérêts d'une des parties au procès. La seconde possibilité, en revanche, consiste dans la substitution de l'acquéreur au titulaire initial, ce qui dans le cadre de notre étude correspondrait à la substitution du cessionnaire au cédant. Si le consentement du débiteur d'une créance cédée n'est pas nécessaire dans la première des hypothèses signalées, il n'en est pas de même en ce qui concerne la seconde. En effet, la disposition précise que la « *substitution processuelle* » ne peut avoir lieu sans le consentement de l'autre partie au procès, ce qui dans notre hypothèse se traduit par la nécessité du consentement du débiteur⁹⁶³.

La doctrine majoritaire ainsi que la jurisprudence colombiennes justifient une telle disposition par la qualité de tiers du débiteur. Dans la mesure où celui-ci ne participe pas à la conclusion de la cession, il n'aurait pas non plus à subir d'éventuels désagréments entraînés par la « *succession processuelle* ». L'absence de consentement du débiteur à l'acte de cession expliquerait qu'on ne puisse pas lui imposer, sous peine d'aggraver sa situation, le changement de créancier au stade du procès. Parmi les éventuels risques d'aggravation de la situation du débiteur, les auteurs signalent celui de se retrouver face à un cessionnaire insolvable⁹⁶⁴. Le changement d'un des sujets processuels sans le consentement de l'autre partie porterait atteinte au principe du procès équitable⁹⁶⁵.

⁹⁶² Le *litisconsorcio* est une institution consacrée expressément dans le droit processuel colombien qui a pour objectif de réglementer le phénomène de l'existence d'un nombre indéterminé de personnes occupant une seule et même position dans le cadre d'un procès. Cette pluralité de personnes intégrant un seul sujet au sens processuel s'explique en raison de leur intérêt semblable. Cela étant dit, il faut souligner qu'il existe une discussion à propos de la nature juridique du *litisconsorcio* auquel se réfère la disposition. En effet, le droit processuel colombien connaît trois types de *litisconsorcio* : le *litisconsorcio* facultatif, le *litisconsorcio* nécessaire et le *litisconsorcio* quasi-nécessaire. Une présentation détaillée de ces trois types d'intervention processuelle dépasse le cadre de notre recherche. Il suffira de signaler que la doctrine majoritaire semble privilégier la qualification de *litisconsorcio* facultatif. Cela signifie que le tiers peut intervenir au procès afin d'aider l'une des parties au procès mais que son intervention n'est pas nécessaire. Il s'agirait donc, si on veut raisonner en termes du droit français, d'une intervention volontaire.

⁹⁶³ L'article 68, alinéa 3 du C.G.P. Co. dispose : « L'acquéreur à n'importe quel titre de la chose ou du droit litigieux pourra intervenir comme litisconsort de l'ancien titulaire. Il pourra également se substituer à celui-ci dans le procès pourvu que la partie contraire l'accepte expressément ».

⁹⁶⁴ Comme nous le verrons plus loin, le débiteur d'une créance litigieuse s'expose au risque de perdre la possibilité de se faire rembourser le montant des dépenses, frais et condamnations liés à la perte du procès, s'il obtient gain de cause, lorsque le cessionnaire est une personne insolvable par exemple : V. *infra* n° 414.

⁹⁶⁵ Corte constitucional, Sentence C-1045 de 2000, 10 août 2000, M.R. : Alvaro Tafur Galvis, spéc. n° 4.2 où la Cour constitutionnelle colombienne considère que, contrairement à la position de l'auteur de l'action en inconstitutionnalité, l'exigence du consentement du débiteur de la créance litigieuse cédée pour que la substitution processuelle du cédant par le cessionnaire puisse avoir lieu ne porte atteinte ni à la liberté contractuelle du cédant ni à celle du cessionnaire. Cela s'expliquerait par la distinction entre la conclusion de la cession d'une créance litigieuse, laquelle n'a pas besoin du consentement du débiteur, et la substitution processuelle, l'une des conséquences de ce type particulier de cession où, en revanche, le consentement du débiteur est nécessaire : « Par conséquent, la partie requérante se trompe en affirmant, au nom du respect du droit au libre développement de la personnalité du cédant et du cessionnaire, que le juge doit lier l'acquéreur d'un droit litigieux à la relation processuelle en cours et déplacer au cédant, sans l'intervention de l'autre partie au procès, puisque, en cas contraire, il y aurait une méconnaissance du droit à l'autonomie personnelle de celui qui n'est pas intervenu dans la négociation, car, sans avoir manifesté son consentement, on lui opposerait des droits et des obligations d'autres ».

À notre connaissance, la faculté pour le débiteur de s'opposer à la « *succession processuelle* » du cessionnaire au cédant dans le cadre d'une cession d'une créance litigieuse, et ce grâce à l'argument tiré de sa qualité de tiers à la cession, n'est pas reconnue par le législateur français. Si celui-ci accorde au débiteur la possibilité d'exercer le retrait litigieux⁹⁶⁶, il ne dispose pas d'autres règles spécifiques concernant les aspects processuels de la cession d'une créance litigieuse⁹⁶⁷.

351. À la différence des deux exemples mentionnés ci-dessus, le troisième exemple relève de la sphère du droit international privé. Certains auteurs invoquent la qualité de tiers à la cession du débiteur afin de limiter la possibilité pour le cédant et le cessionnaire de choisir librement la loi applicable au contrat de cession. Ainsi, même si le principe est que le cédant et le cessionnaire peuvent choisir une loi particulière⁹⁶⁸, ce choix ne pourrait pour autant pas opérer un quelconque changement de la loi applicable au rapport juridique de base entre le cédant et le débiteur lorsqu'un tel rapport est de type contractuel. La raison en est que le débiteur n'est pas partie au contrat de cession.

La qualité de tiers à la cession du débiteur de la créance cédée justifierait donc une sorte de « dépeçage » du contrat en matière de cession de créance internationale. Autrement dit, si les rapports entre le cédant et le cessionnaire, seules parties au contrat de cession, peuvent être gouvernés par la loi qu'ils ont librement choisie⁹⁶⁹, il n'en est pas de même à l'égard du débiteur. La situation de celui-ci continue à être régie par la loi de la créance, c'est-à-dire, la loi applicable à la source de celle-ci : « *Le nombre des parties à la convention de cession paraît significatif du caractère plus ou moins détachable de l'acte de transfert par rapport au lien d'obligation transmis. Plus exactement, l'absence de consentement du débiteur cédé permet de considérer le contrat de cession comme une convention autonome par rapport au lien d'origine. D'ailleurs, cet argument est avancé pour expliquer que le choix de la loi inclus dans le contrat de cession ne saurait modifier la loi applicable au lien de droit unissant le cédé au cédant, et qui unit désormais le cédé au cessionnaire* »⁹⁷⁰.

⁹⁶⁶ V. *infra* n° 550 s.

⁹⁶⁷ Voir à propos de l'existence de ces règles en droit colombien : V. *infra* n° 546 s.

⁹⁶⁸ D. PARDOEL, *Les conflits de lois en matière de cession de créance*, *op. cit.*, n° 63, p. 43 : « *C'est une solution aujourd'hui acquise d'admettre la liberté de choix par les parties de la loi applicable au contrat de cession. Très rares sont les voix s'élevant contre cette règle* ».

⁹⁶⁹ D. PARDOEL, *Les conflits de lois en matière de cession de créance*, *op. cit.*, n° 76, p. 48 : « *Par conséquent, rien ne justifie l'exclusion du droit commun en matière de contrats internationaux dès lors que cela ne porte pas atteinte aux droits du cédé, ce dernier n'étant pas partie à cette deuxième convention. Donc, le système proposé revient à soumettre les relations entre le cédant et le cessionnaire à la lex contractus, mais, dès lors que la relation en cause concerne le débiteur cédé, la loi applicable est celle qui régit la créance, c'est-à-dire la loi de sa source* » ; l'auteur conforte son idée plus loin : « *Ainsi, le dépeçage généralement proposé, qui consiste à soumettre les relations entre le débiteur cédé et le cessionnaire, la cessibilité de la créance, à la loi de la créance cédée, et les relations entre le cédant et le cessionnaire à la loi de leur contrat, loin de méconnaître la cohérence de l'institution, la renforce. Le dépeçage n'est que le reflet en droit international privé de la dualité de l'opération en droit interne* » (*op. cit.*, n° 88, p. 54).

⁹⁷⁰ D. PARDOEL, *Les conflits de lois en matière de cession de créance*, *ibidem*, n° 82, p. 50. Voir aussi en faveur de la dualité de lois applicables à la cession sur le terrain du conflit des lois tout en remettant en question la qualité de tiers du débiteur : Ch. LARROUMET, note sous CA Paris, 11 fév. 1969, D. 1970, 522 : « *En fin de compte, la dualité de lois applicables à la cession n'est que la conséquence de la nature de la cession de créance qui est une opération à double face. Alors que la loi d'autonomie s'appliquera aux rapports du cédant et du cessionnaire, la loi de l'acte ou du fait générateur de la créance déterminera la teneur des rapports entre le cédé et le cessionnaire.* »

352. **CONCLUSION DE LA SECTION I.** La détermination de la qualité du débiteur d'une créance cédée est une question très débattue en droit français comme en droit colombien. Différentes qualifications sont proposées mettant en évidence, à côté des qualifications classiques de partie et de tiers, une nouvelle tendance consistant à appréhender le débiteur comme l'objet de la cession. Le choix entre ces possibilités n'est pas anodin ; les conséquences qui en découlent sont bien différentes. Cependant, aucune de ces trois catégories n'emporte complètement notre conviction. Plus généralement, il nous semble que la perception du débiteur à travers le prisme de l'acte translatif doit être rejetée, voire définitivement abandonnée.

Section II- Pour l'abandon de la perception du débiteur à travers le prisme de l'acte translatif

353. Si la qualification d'objet de la cession attribuée au débiteur paraît aisée à écarter, le risque de réification de la personne étant un argument fort à l'encontre d'une telle caractérisation, il peut paraître *a priori* plus difficile de vouloir écarter les qualifications classiques de partie ou de tiers. Une telle démarche jurerait avec la logique binaire et mécanique qui préconise une distinction entre ceux qui sont obligés par un acte juridique et ceux qui, sans en être obligés, doivent tout de même le respecter. Cependant, aucune des qualifications proposées ne nous convainc. Outre l'ambiguïté qui les caractérise (§1), elles tentent d'occulter l'état de soumission du débiteur en tant que sujet passif d'un lien d'obligation (§2). De plus, une lecture attentive de plusieurs dispositions en droits français et colombien montre que certaines rejettent également la perception du débiteur à travers le prisme de l'acte translatif (§3).

§1- Des qualifications ambiguës

354. Les qualifications proposées pour déterminer la qualité du débiteur s'avèrent équivoques. Tout d'abord, on peut noter que si les auteurs s'accordent parfois sur la caractérisation à donner au débiteur, ils ne partagent pas toujours la même position quant à la signification à lui prêter. Ensuite, s'il est vrai que parmi les qualifications proposées, certaines rendent compte d'aspects concrets de la qualité du débiteur, elles oublient de mettre en valeur d'autres caractéristiques qui sont

*C'est sur le fondement de cette loi que la cour de Paris autorise le cédé à se prévaloir des dispositions du code civil français sur le retrait litigieux, après avoir constaté que « la créance... procédait d'un contrat commercial soumis à la loi française ». Voir également : L. D'AVOUT, « La transmission de l'obligation en droit international privé », in *La transmission de l'obligation*, R. Ibarra Garza et Ch. Larroumet (dir.), Editions Panthéon-Assas, colloques, 2017, p. 122 : « Cela signifie qu'en matière internationale, le débiteur de l'obligation est en droit d'ignorer tout déplacement de la créance réalisé dans des conditions non conformes aux garanties fixées par la loi de la créance ».*

pourtant fondamentales et sans lesquelles la détermination du véritable statut du débiteur s'avère difficile.

355. Quant au débat relatif à la qualification du débiteur en tant que tiers ou partie à la cession, la difficulté qui lui est inhérente s'explique par l'impossibilité de donner un sens précis à chacun de ces termes. Cette circonstance a été mise en évidence par un auteur français dans sa thèse consacrée à l'étude de la notion de tiers en droit civil français. A l'appui de sa démonstration, il propose d'abord une distinction entre les mots « polysémiques » et les mots « irréguliers » : les premiers seraient des termes ayant potentiellement plusieurs significations mais dont le nombre et la qualité seraient parfaitement connus alors que les termes « irréguliers » seraient susceptibles de significations variables et changeantes en fonction du domaine et du contexte dans lesquels ils sont employés. Le mot « tiers » appartiendrait précisément à ce deuxième groupe et, par conséquent, il serait impossible de lui accorder un sens unique⁹⁷¹.

Les remarques principales de cet auteur concernent donc le caractère irrégulier du mot « tiers ». Cependant, les mêmes observations pourraient être faites à propos du terme « partie », dans la mesure où les qualités de « tiers » et de « partie » s'évincent réciproquement. En effet, la qualité de tiers est déterminée par exclusion de celle de partie, sachant toutefois que cette dernière catégorie n'est pas toujours préalablement déterminée⁹⁷². Les deux expressions connaissent, à notre avis, la même ambiguïté⁹⁷³.

⁹⁷¹ J.-M. AUSSEL, *Essai sur la notion de tiers en droit civil français*, imprimerie de la charité, 1952, n° 271, p. 275 où l'auteur précise que les significations du mot « tiers » seraient impossibles à délimiter. Plus loin l'auteur signale que malgré l'incertitude de ce mot, il est souvent utilisé et, en conséquence, il faudrait bien déterminer, à chaque fois qu'un tel mot est utilisé, les personnes dont il s'agit et le statut juridique dont elles sont dotées (*op. cit.*, n° 275, p. 278). Dans le même sens bien que d'une façon implicite : Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 793, p. 435-436 : « Le terme « tiers », d'apparition récente, est l'un des plus équivoques de la langue juridique contemporaine. Si le législateur l'utilise souvent, il ne désigne pas toujours les mêmes personnes : les créanciers chirographaires, par exemple, sont des tiers au sens de l'article 1321 (simulation), non en celui de l'article 1328 (date de l'acte sous signature privée). Seuls les ayants cause à titre particulier sont des tiers au sens de l'article 30 du décret du 4 janvier 1955 (publicité foncière) ... Le terme « tiers » peut avoir autant de sens différents que celui d'« ayant cause » : ce n'est pas un hasard » ; J.-N. CESARESCOU, *De la détermination des tiers en matière de cession de créance*, thèse Paris, 1899, p. 113 : « En règle générale, l'expression tiers est opposée à celle des parties contractantes (art. 1165 C.Ci) et il serait naturel de penser que toute personne autre que les deux qui figurent nécessairement dans la convention est un tiers et peut se prévaloir du défaut de la formalité légale du transport. C'est de cette manière qu'on s'est prononcé dans un système. Mais le mot tiers est bien loin d'avoir une signification précise et uniforme, il est une de ces expressions juridiques, qu'il faut entendre secundum subjectam materiam. Le sens du mot tiers varie selon la matière à propos de laquelle on trouve employé, et selon le but que le législateur s'est proposé d'atteindre ».

⁹⁷² J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, Jacques Ghestin (dir.), 3^e éd., LGDJ, 2001, n° 684, p. 730 : « Sur le plan terminologique la catégorie de personnes visée par le mot tiers varie selon son emploi. La loi désigne sous ce terme tantôt toutes les personnes qui ne sont pas les parties elles-mêmes, tantôt les penitus extranei (au singulier penitus extraneus) par opposition aux parties et à leurs ayant cause. Il s'agit d'une catégorie négative par opposition à une autre catégorie. Mais celle-ci n'est pas toujours préalablement déterminée. Il en résulte une certaine confusion ».

⁹⁷³ Contra Ch. LACHIEZE, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, *op.cit.*, n° 273, p. 173 qui considère que si la qualité de « tiers » est très ambiguë, il n'en va pas de même de la qualité de « partie », laquelle serait déterminée par la participation à la formation de l'acte.

356. Cette incertitude se répercute nécessairement sur les tentatives de détermination de la qualité du débiteur dans l'opération de cession de créance. On sait que certains auteurs qualifient le débiteur de tiers en ce sens qu'il ne participe pas à la réalisation de la cession alors que d'autres précisent qu'une telle qualité résulte du fait que le débiteur ne dispose de la faculté ni de modifier, ni de mettre fin au contrat de cession⁹⁷⁴. De plus, on l'a vu, la doctrine majoritaire française qualifie le débiteur de tiers à la cession au sens de l'article 1690 du Code Napoléon et conformément à l'interprétation de la Haute juridiction judiciaire. De la sorte, si le débiteur devait être qualifié de tiers, cette caractérisation se justifierait par le fait, sans avoir participé à la conclusion de la cession, qu'il aurait pourtant intérêt à ce que le cédant reste créancier⁹⁷⁵.

357. Ainsi, selon les auteurs qui accordent la qualité de tiers au débiteur en raison de sa non-participation à la conclusion de la cession ou de son incapacité à modifier ou terminer le contrat de cession, il convient de prendre en compte l'un des principaux critères de distinction entre les parties et les tiers, propre au domaine des contrats et conventions⁹⁷⁶. En revanche, parmi ceux qui considèrent que le critère décisif permettant de qualifier le débiteur de tiers est celui de son intérêt à ce que le cédant reste créancier⁹⁷⁷, deux positions différentes semblent être retenues. Ces deux interprétations, bien différentes, sont favorisées par l'ambiguïté de l'expression « *intérêt à ce que le cédant reste créancier* »⁹⁷⁸.

D'une part, d'aucuns se servent du critère d'identification des tiers en matière de publicité foncière⁹⁷⁹ : l'« intérêt » à ce que le cédant reste créancier résiderait dans l'acquisition par le débiteur d'un droit du chef du cédant concurrent avec celui d'un autre ayant cause à titre particulier. Dès lors, le débiteur de la créance cédée ne devrait être qualifié de tiers que dans des hypothèses bien déterminées⁹⁸⁰.

⁹⁷⁴ V. *supra* n°303 et s.

⁹⁷⁵ V. *supra* n° 306.

⁹⁷⁶ D. PARDOEL, *Les conflits de lois en matière de cession de créance*, *op. cit.*, n° 199, p. 103.

⁹⁷⁷ Tout en tenant compte du critère de la non-participation du débiteur à la conclusion du contrat de cession de créance, ce qui correspond également au critère esquissé en matière de publicité légale : J. DUCLOS, *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, *op.cit.*, n° 265 : « *Il convient d'abord d'exclure de la catégorie des tiers protégés, les acteurs directs et les personnes assimilées ; soit, pour l'essentiel, les parties à l'acte publié, leurs ayant cause universels ou à titre universel, ainsi que les personnes chargées d'accomplir la publication* ».

⁹⁷⁸ V. notamment R. LIBCHABER, « Inventaire des tiers subissant l'opposabilité de la cession de créance », art. préc., spéc. n° 1 qui se demande comment identifier les tiers concernés de manière à les distinguer de tous les autres car selon lui, la notion d'intérêt à ce que le cédant soit encore créancier ne serait pas assez parlante ; P. BERLIOZ note sous Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 2014, n° 13-17077, RDC, déc. 2014, n° 4, p. 750 : « *Certes, la chambre des notaires n'avait pas « intérêt à ce que le cédant reste créancier », suivant la formule de la Cour de cassation. Mais elle avait intérêt à savoir qui était créancier. Et telle serait sans doute la meilleure formule pour déterminer la qualité de tiers. En effet, à l'heure actuelle, la définition de la Cour de cassation est approximative. Les créanciers du cessionnaire n'ont pas intérêt à ce que le cédant soit encore créancier. C'est l'inverse. En revanche, ils ont intérêt à savoir si le cédant est encore créancier ou non. Et tel est aussi le cas de celui qui a une obligation relativement à la créance qui lui impose de savoir si le cédant est encore créancier* » (nous soulignons).

⁹⁷⁹ Sans entrer dans les détails de la notion de « tiers » dans ce domaine il suffira de signaler que d'après la doctrine majoritaire, la catégorie des « tiers » en matière de publicité foncière est restreinte ; elle ne concerne que ceux qui ont acquis un droit concurrent du chef d'un même auteur : G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, thèse préc., n° 77, p. 78 ; Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique*, *op.cit.*, p. 429 et s.

⁹⁸⁰ V. *supra* n° 308.

D'autre part, certains auteurs, sans l'affirmer expressément, sous-entendraient que le débiteur a toujours intérêt à ce que le cédant reste créancier et, par conséquent, sa qualification de tiers ne serait pas conditionnée à la démonstration d'un intérêt particulier⁹⁸¹.

358. La difficulté de déterminer la qualité du débiteur devient encore plus grande si l'on tient compte de l'analyse de la cession, en droit français, en une opération juridique à trois personnes. L'appréhension de celle-ci en tant qu'acte juridique multilatéral différent du contrat multilatéral⁹⁸² entraîne des conséquences importantes sur les critères classiques de distinction entre les parties et les tiers. Plus précisément, et à la différence de ce qui se passe en matière de contrats, le consentement à donner pour la réalisation de l'acte ne s'avère pas être le critère fondamental de l'identification des parties. La qualité de partie à une opération juridique à trois personnes serait établie en fonction des effets produits par l'acte correspondant. Par conséquent, en matière de cession de créance, si le débiteur devait être appréhendé comme une partie à l'opération, cela résulterait du fait qu'il se trouverait directement lié au cessionnaire en dépit de son absence de consentement à l'opération de cession⁹⁸³.

359. Il faut donc admettre que la qualification du débiteur en tant que tiers au contrat de cession s'avère pertinente en ce sens que celui-ci ne donne pas son consentement au contrat⁹⁸⁴. Ainsi envisagé, et compte tenu du fait que la cession modifie directement sa situation juridique puisqu'il sera obligé envers quelqu'un d'autre que son créancier initial, la cession semble porter effectivement atteinte au principe de l'effet relatif des conventions. Mais cette réflexion est valable seulement si l'on appréhende ce principe d'une façon plus large que celle proposée par la vision classique. Il conviendrait alors de considérer que le principe de l'effet relatif entraîne l'impossibilité pour les parties à un contrat

⁹⁸¹ V. *supra* n° 308. V. not. E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, *op. cit.*, n° 73, p. 52 : « Le débiteur cédé devra prouver son intérêt à rester débiteur du cédant. Or à quel moment doit s'apprécier l'intérêt du débiteur ? N'a-t-il pas toujours un intérêt à rester débiteur du cédant, dans la mesure où tout paiement fait avant l'accomplissement des formalités est inopposable aux ayants-cause du cédant ? Ne serait-il pas souhaitable de présumer cet intérêt, à charge du cessionnaire d'apporter la preuve contraire ? ».

⁹⁸² Ch. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil*, t. III, *Les obligations, Le contrat*, 8^e éd., *op. cit.*, n° 62, p. 51-52.

⁹⁸³ J. FRANCOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations, Régime général*, *op. cit.*, n° 369, p. 396 : « Certes, le cédé est bien un tiers à la convention de cession, en ce sens qu'il ne participe pas à sa conclusion. Mais il n'en reste pas moins qu'étant le sujet passif du lien qu'il s'agit de transférer, il est partie à l'opération que cette convention réalise ». Certains auteurs, sans refuser la qualité de « tiers » du débiteur, admettent pourtant qu'il subit les effets directs de la cession : O. DESHAYES, « La cession de créance. Peut-elle être opposable aux tiers sans formalité ? », in *La réforme du régime général des obligations*, L. Andreu (dir.), Dalloz, 2011, p. 75.

⁹⁸⁴ Ph. VAN STEENLANDT, *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, *op. cit.*, n° 370, p. 275 : « Si le débiteur cédé apparaît comme un tiers para rapport au contrat de cession, en ce sens que sa volonté n'y a pas été nécessaire, il est en même temps un peu comme l'objet de la cession ».

non seulement de créer des obligations à l'égard des tiers, mais aussi de modifier directement leur situation juridique⁹⁸⁵.

360. Cela ne signifie pas que l'on doit accorder au débiteur la qualité de tiers au sens, respectivement, de l'article 1690 et de l'article 1960 des Codes civils français et colombien. Le vocable « tiers » ne désigne que les personnes ayant acquis un droit du chef du cédant sur la même créance⁹⁸⁶. La finalité des dispositions mentionnées est principalement de permettre de résoudre les conflits entre les titulaires d'un droit concurrent sur une créance⁹⁸⁷. Lorsque le débiteur invoque des moyens de défense tendant à refuser de s'exécuter entre les mains du cessionnaire, il le fait sur le fondement du lien personnel l'unissant à son créancier, alors que les droits invoqués par les ayants cause du cédant sont issus ou trouvent leur origine dans des actes accomplis par le cédant en sa qualité de propriétaire⁹⁸⁸. La prétention du débiteur n'a donc pas la même nature que celle des ayants cause du cédant.

361. L'intérêt de la reconnaissance de la qualité de tiers au contrat de cession au débiteur reste donc limité. Certes, une telle qualification permet effectivement d'expliquer l'impossibilité pour le débiteur de s'immiscer dans le contrat de cession⁹⁸⁹. Mais elle ne permet pas de résoudre d'une

⁹⁸⁵ O. DESHAYES, « Précisions sur la nature et les fonctions de la règle d'effet relatif des contrats (effet relatif, prohibition et interprétation) », in *Études offertes à Geneviève Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, n° 6, p. 337-338 : « L'effet relatif des contrats voudrait que pas plus que les parties ne peuvent faire naître une obligation à la charge d'un tiers, elles ne peuvent, c'est évident, transférer le droit d'un tiers, l'éteindre, se donner seules le pouvoir de représenter un tiers ou bien créer une personne morale dont un tiers serait associé. Dire que toutes ces conventions, même celles ne donnant pas naissance à des obligations, sont « relatives » n'est pas nier leur possible existence aux yeux de tous : c'est tout simplement rappeler que ce qui est décidé par les uns ne peut concerner la situation juridique des autres. En posant que l'article 1165 interdit aux parties contractantes de faire d'un tiers le destinataire des effets du contrat, on comprend que son domaine ne peut pas être limité aux contrats créateurs d'obligations ; il ne peut être que général » ; Voir dans le même sens : C. GOLHEN, « L'assujettissement d'un tiers à une clause attributive de juridiction », *Procédures*, 1^{re} part., 2008, n° 5, spéc. 7 : « La convention de règlement de litiges a certes une force obligatoire mais n'a pas de contenu obligationnel. Le principe de l'effet relatif interdit alors d'imposer à un tiers la force obligatoire de ladite convention, et non simplement de lui imposer l'exécution de telle ou telle obligation ».

⁹⁸⁶ V. *infra* n° 770 s.

⁹⁸⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, *op. cit.*, V° « Concurrence » : « 2. Situation juridique caractérisée par le concours sur une même chose de plusieurs droits de même nature appartenant à des personnes différentes ».

⁹⁸⁸ L'un des exemples permettant de conforter l'idée selon laquelle le rapport entre le créancier et son droit de créance dépasse le rapport existant entre un propriétaire et son bien est celui de la remise de dette. En tant qu'acte conventionnel, la remise de dette exige le consentement du débiteur. Cela s'explique par le fait que le droit de créance met en relation deux personnes dont les intérêts peuvent être distincts. Si la volonté du renonçant peut suffire lorsqu'il s'agit d'un droit réel dans la mesure où celui-ci met en rapport le seul renonçant et son droit, il n'en est pas de même en matière de cession de créance : N. PICOD, *La remise de dette en droit privé*, Préf. C. Saint-Alary-Houin, Dalloz, 2013, n° 383, p. 284 : « La volonté du renonçant peut suffire lorsqu'il s'agit d'un droit réel, principal ou accessoire, dans la mesure où celui-ci met en rapport le seul renonçant et son droit : l'abandon du droit de propriété qui fait de la chose une res nullius est un acte unilatéral, de la même façon que la renonciation à un droit de gage. Il n'en va pas de même en ce qui concerne un droit de créance, lequel met en relation deux personnes dont les intérêts peuvent être distincts ; il faut alors passer par un modèle imposé : la remise de dette ».

⁹⁸⁹ Cependant, il existe des hypothèses dans lesquelles on pourrait considérer que le débiteur exerce une sorte d'ingérence dans le contrat de cession, même si elle reste limitée. Plus précisément, il existerait des hypothèses où le débiteur a un intérêt à établir, aux fins d'invoquer en sa faveur le bénéfice du retrait litigieux par exemple, si la cession a été faite à titre onéreux ou à titre gratuit car le retrait ne peut avoir lieu que dans la première hypothèse (V. *infra* n° 553). En outre, le législateur reconnaît, bien qu'exceptionnellement, la possibilité pour un tiers de demander la nullité d'un contrat ou même sa résolution. De la sorte, le fait d'accorder à un sujet la qualité de « tiers » à un contrat n'implique pas nécessairement et absolument de lui refuser la possibilité d'exercer certaines actions réservées en principe aux parties au contrat.

manière satisfaisante la question, fondamentale en droit français, de savoir à partir de quel moment la cession doit être efficace à son égard. En effet, si l'on admet une acception restrictive du mot « tiers » telle qu'il est employé dans l'article 1690 du Code civil français, le débiteur ne doit être considéré, dans aucune hypothèse, comme un ayant cause du cédant, son créancier originaire. En outre, comme nous le verrons par la suite, la qualification de tiers du débiteur de la créance cédée n'est pas nécessaire pour justifier la mise en œuvre d'une protection accrue en sa faveur⁹⁹⁰.

362. L'ambiguïté ainsi exposée des qualifications de partie et de tiers à la cession ne doit pour autant pas conduire à l'approbation de la conception selon laquelle le débiteur serait l'objet de la cession. Cette approche présente, à tout le moins, deux difficultés majeures.

Premièrement, elle débouche sur l'attribution contestable d'une double qualité au débiteur de la créance cédée en fonction de l'existence ou de l'inexistence de l'« intérêt à ce que le cédant reste créancier ». Aussi les critiques précédemment exposées sur le caractère équivoque d'une telle expression sont-elles transposables ici⁹⁹¹.

Deuxièmement, une telle conception renvoie à l'idée de réification ou chosification de la personne qui est incompatible, à notre sens, non seulement avec le caractère personnel du lien d'obligation⁹⁹², mais aussi avec les dispositions concernant l'objet du contrat. En effet, selon les anciens articles 1126 et suivants du Code civil français, tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire. Certes, la notion d'objet du contrat est polysémique -elle peut désigner aussi bien la finalité juridique recherchée par les parties que la chose elle-même objet de l'obligation, autrement dit, la prestation- ; cependant, aucune de ces deux conceptions ne justifie la qualification du débiteur en tant qu'objet de la cession. Parce que ce ne sont par principe que les choses qui sont dans le commerce qui peuvent être objets de conventions, le débiteur ne peut être considéré en lui-même comme l'objet du transfert⁹⁹³. Malgré l'abrogation, par l'ordonnance du 10 février 2016, des

⁹⁹⁰ V. *infra* n° 388 s.

⁹⁹¹ V. *supra* n° 357.

⁹⁹² Il est intéressant de noter que certains auteurs colombiens font référence à une telle réification du débiteur dans la période du droit romain classique afin de tenter d'expliquer le prétendu refus de la cession des créances à titre particulier : M.-E. CAMACHO, « Algunas reflexiones en torno a la transferencia del crédito », in *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, E. GONZALEZ DE CANCINO, E. CORTES MONCAYO et F. NAVIA ARROYO (dir.), t. I, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 501 : « *Etroitement liée au caractère personnel qu'on attribue à l'obligation, on considère l'explication donnée par Kuntze concernant l'inexistence de la succession à titre particulier aux créances pendant la période classique du droit romain. Selon ledit auteur, malgré les différentes étapes évolutives vécues par le concept d'obligation depuis son origine, il y a dans toutes celles-ci un aspect constant : celui de l'identification du débiteur à l'objet de l'obligation, en comprenant par cela initialement son corps, et postérieurement sa volonté* ».

⁹⁹³ Rapprocher de la position des auteurs qui critiquent la rédaction de l'ancien article 1692 du Code civil français en raison de la référence à la caution comme étant l'accessoire de la créance. Ces auteurs font remarquer que la caution, en tant que personne, ne peut pas être considérée comme étant un accessoire de la créance : J.-D. PELLIER, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation, contribution à l'étude du concept de coobligation*, Préf. Ph. Delebecque, LGDJ, 2012, n° 28, p. 57-58 : « *La seule et unique disposition qualifiant la caution d'accessoire est l'article 1692 du Code civil, aux termes duquel « la vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que la caution, le privilège et l'hypothèque ».* Cela étant, il n'est pas certain que les rédacteurs du Code civil aient eu le cautionnement en tête en élaborant cet article. En effet, il ne faut pas oublier que le terme de

règles relatives à l'objet du contrat, cette analyse reste pertinente. En effet, ainsi que le souligne la doctrine majoritaire, même si l'ancien article 1128 du Code civil n'a pas été repris, « *sa substance demeure car elle est incluse dans l'exigence d'un contenu licite par l'article 1128 et dans l'interdiction de déroger conventionnellement à l'ordre public par les articles 1102* »⁹⁹⁴.

363. Outre l'ambiguïté des qualifications proposées, l'abandon de l'appréhension du débiteur à travers le prisme de l'acte translatif est conforté par le fait que ces catégories dissimulent l'état de soumission du débiteur de la créance cédée en tant que partie à un lien d'obligation.

§2- Une perception occultant l'état d'assujettissement du débiteur

364. Les tentatives de détermination de la qualité du débiteur à partir de l'analyse de la cession en un acte translatif ont pour conséquence de masquer l'originalité du statut de celui-ci. Cette approche présente la grande lacune de négliger le fait que le débiteur d'une créance cédée est, avant tout, partie à un lien d'obligation. Comme on a pu le relever, si la cession de créance entraîne une modification de ce lien, sans le consentement du débiteur⁹⁹⁵, il convient d'admettre que le débiteur ne fait que subir la mutation de l'obligation qui lui est imposée par son créancier. Le débiteur se trouve donc dans un état de soumission face à son créancier.

365. Il serait envisageable, afin de compenser le caractère inutile du consentement du débiteur pour la réalisation de la cession, de reconnaître en faveur de celui-ci la possibilité d'interdire purement et simplement au créancier de transférer la créance⁹⁹⁶. On pourrait aussi, sans interdire une telle opération, prévoir que le créancier soit tenu de demander son accord préalable⁹⁹⁷. Le débiteur

*cautionnement peut également désigner le gage et celui de caution, l'objet de ce gage. On peut se demander si ce n'est pas cette sûreté, en vertu de laquelle « un débiteur remet une chose mobilière à son créancier pour sûreté de la dette (anciens art. 2071 et 2072 C. civ), qui est visée par l'article précité, d'autant plus qu'il paraît absurde d'affirmer que la caution, qui est à proprement parler une personne, soit l'accessoire d'une créance » (nous soulignons) ; Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, Préf. Ch. Larroumet, Deffrénois, 2009, n° 94, p. 61, note 257 : « La lettre de l'article 1692 du Code civil parle de caution, ce qui est une bien mauvaise expression (...) La caution, c'est une personne et une personne ne peut pas être l'accessoire d'une créance. C'est la raison pour laquelle il convient de rétablir la bonne terminologie et de parler de cautionnement qui est la garantie que procure la personne qui s'engage en qualité de caution » ; B. ROMAN, « La connaissance d'une cession de créance par la caution : une jurisprudence cohérente mais encore énigmatique », note sous Cass. civ. 1^e, 4 mars 2003, Deffrénois, 2003, n° 18, p. 1151, spéc. note 5.*

⁹⁹⁴ B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats*, Ed. Francis Lefebvre, 2016, n° 309, p. 95.

⁹⁹⁵ V. *supra* n° 113 et s.

⁹⁹⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 1410, p. 797.

⁹⁹⁷ Une partie de la doctrine reconnaît l'éventuel intérêt pour le débiteur à stipuler une telle clause afin d'échapper à un nouveau créancier-cessionnaire trop inamical : P. MOUSSERON, « Transfert d'une créance de garantie de passif », *JCP E*, n° 44-45, 1^{er} nov. 2012, 1654, spéc. n° 1 : « *Les rédacteurs introduisent parfois ces clauses pour éviter que le garant ne se retrouve aux prises avec un bénéficiaire de la garantie trop inamical* » ; D. BROCAS MAFFEI, Newsletter, « Cessions et transferts de créances », p. 1 : « *En principe, toute créance commerciale est librement cessible. L'article L. 442-6 III du Code de commerce le rappelle en ce qui concerne les contrats passés par les producteurs, commerçants, industriels ou artisans. En réalité, les choses sont moins simples ; des clauses contractuelles limitent*

pourrait encore songer à conditionner la réalisation de la cession à l'accomplissement de certaines formes⁹⁹⁸. Dans la première hypothèse, l'on serait en présence d'une clause d'incessibilité au sens strict⁹⁹⁹, tandis que dans la deuxième, il s'agirait d'une clause dite d'agrément¹⁰⁰⁰. En ce qui concerne la troisième hypothèse, il s'agirait plutôt d'une clause limitative de cessibilité entendue au sens strict. Malgré les différences entre les postulats mentionnés, ceux-ci ont tout de même une chose en commun : ils cherchent à restreindre la faculté reconnue en faveur du créancier de céder librement les créances. Aussi s'avère-t-il pertinent de traiter de ces différentes hypothèses comme de cas de restrictions conventionnelles à la libre cessibilité des créances.

366. La portée de l'expression « restrictions conventionnelles » étant précisée, soulignons que celles-ci n'ont qu'une efficacité relative. Malgré l'intérêt légitime que pourrait avoir le débiteur à prévoir une clause d'incessibilité ou d'agrément, on peut constater une méfiance généralisée à leur égard. Au regard de nos droits positifs, les clauses mentionnées ne s'avèrent pas entièrement efficaces pour empêcher la réalisation de la cession, ce qui conforte l'idée d'un assujettissement du débiteur. Le droit français, avant la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 (A), et le droit colombien en sont la preuve (B) ; bien que cette tendance puisse évoluer, en droit français, avec la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 (C).

A- L'impossibilité pour le débiteur d'empêcher la réalisation de la cession de créance en droit français avant l'ordonnance du 10 février 2016

367. Le droit commun de la cession de créance, avant la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, ne prévoyait aucune disposition portant sur les clauses d'incessibilité. Cette absence de reconnaissance formelle par le législateur ne signifie néanmoins pas que la validité de telles clauses doive être remise en question. L'évolution jurisprudentielle en la matière conforte cette idée, tout comme la position d'un nombre significatif d'auteurs.

souvent la cessibilité des créances, pour des raisons d'ailleurs légitimes (confidentialité, risque d'acquisition par un concurrent) ; par ailleurs, la cession de créances sur des personnes publiques nécessite souvent un accord de celles-ci ».

⁹⁹⁸ En ce sens : J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes, op. cit.*, n° 292, p. 311.

⁹⁹⁹ Nous utiliserons, dans le cadre de notre recherche, les termes d'« incessibilité », d'« intransmissibilité » et d'« inaliénabilité » comme des synonymes, même s'il existe un important débat doctrinal à propos de la nécessité de les distinguer. Voir à propos d'une telle discussion : R. NOËLLE SCHUTZ, *Rép. civ.* v° « inaliénabilité », 2014, §1, spéc. 6 : « *Inaliénabilité et incessibilité sont deux termes souvent utilisés l'un pour l'autre. En réalité, il faudrait plutôt parler d'inaliénabilité lorsque c'est la chose sur laquelle porte le droit qui ne peut être transmise et d'incessibilité lorsqu'il s'agit du droit lui-même (...) Il faut ajouter que l'inaliénabilité comme l'incessibilité se définissent traditionnellement comme l'impossibilité de transmettre volontairement une chose ou un droit à titre onéreux ou à titre gratuit. Nous considérons donc les deux termes, sinon comme synonymes, du moins comme très proches. Se lon qu'il s'agira de transfert de la propriété d'une chose corporelle, tel celui du transfert des choses dangereuses nous utiliserons plutôt le terme d'inaliénabilité et lorsqu'il s'agira de droits ne portant pas sur des choses corporelles, tels les droits personnels, nous retiendrons plutôt le terme d'incessibilité ».*

¹⁰⁰⁰ A propos d'une telle distinction : Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 1410, p. 797.

368. Tout d'abord, notons que c'est grâce à une importante évolution jurisprudentielle que la validité des clauses restrictives de cessibilité a été admise. Afin de mieux comprendre cette évolution, trois étapes peuvent être identifiées. Dans un premier temps, la jurisprudence a soutenu purement et simplement le principe de validité de telles clauses sur le fondement de la liberté contractuelle¹⁰⁰¹. Puis, dans un deuxième temps, la chambre commerciale de la Cour de cassation, par un arrêt du 21 novembre 2000¹⁰⁰², a réaffirmé, bien qu'implicitement, le principe de validité de telles clauses. En effet, et sans entrer dans le détail de la décision, il est intéressant de relever que les juges ont considéré qu'à défaut d'acceptation par le cessionnaire de la clause d'incessibilité, celle-ci ne pouvait produire d'effets à son égard. Le fait d'affirmer que la clause d'incessibilité ne peut pas avoir d'effets à l'encontre du cessionnaire, sauf acceptation de sa part, permet de conclure à la validité d'une telle clause. En se situant sur le terrain de l'efficacité de l'acte, la Haute juridiction judiciaire entérine ici la validité des clauses restrictives de cessibilité¹⁰⁰³. Enfin, en reconnaissant la possibilité pour le débiteur de se prévaloir d'une telle clause à l'encontre du cessionnaire par le biais de l'opposabilité des exceptions, la chambre commerciale a écarté tout doute quant à la validité de ce type de clauses et paraît même renforcer leur efficacité¹⁰⁰⁴.

369. Outre la position de la jurisprudence, la validité de principe des clauses restrictives de cessibilité est confortée par deux éléments : d'une part, l'interprétation *a contrario* de certaines dispositions relevant du droit spécial de la cession de créance ; d'autre part, la consécration de la validité des clauses d'inaliénabilité en matière de biens corporels, même si une telle validité est soumise à conditions.

En ce qui concerne le premier aspect, le législateur français a consacré, à l'article L. 442-6 II (c) du Code de commerce, la nullité des clauses prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité d'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui¹⁰⁰⁵. Ce refus explicite de la validité

¹⁰⁰¹ Cass. Réc. 12 décembre 1881, *Jour. Not.* 1883, art. 22844, p. 15 et s. ; Cass. civ. 16 mars 1870, *Jour. Not.* 1870, art. 19887, p. 315 et s. Un tel fondement est aussi invoqué par la doctrine : M. BILLIAU, *La transmission des créances et des dettes*, op. cit., n° 20, p. 20.

¹⁰⁰² Cass. com. 21 nov. 2000, n° 97-16874, *Bull. civ.* IV, n° 180 ; *RTD civ.* 2001, 933, obs. P. Crocq.

¹⁰⁰³ Cela dans la mesure où l'appréciation de l'efficacité d'un acte est logiquement précédée par l'appréciation de sa validité.

¹⁰⁰⁴ Cass. com. 22 oct. 2002, inédit, n° 99-14793, *RTD civ.* 2003, 129, obs. P. Crocq. Voir dans le même sens certaines décisions des juges du fond : C.A. Metz, 23 mars 2005, *JCP G* 2005, n° 49, II, 10172 note F. Dannenberger qui considère que la position de la Cour est sévère pour les banquiers car elle les oblige à analyser en détail les stipulations régissant le rapport générateur de la créance ainsi que le contexte dans lequel la créance est née.

¹⁰⁰⁵ En ce qui concerne l'applicabilité d'une telle disposition en matière de cession Dailly : J. STOUFFLET, « cession et nantissement de créances par remise d'un bordereau, Loi Dailly du 2 janvier 1981 », *J.-Cl. Banque-Crédit-Bourse*, fasc. 570, 2012 (maj janvier 2016), n° 42 : « Il n'est pas douteux que la cession de créances par émission d'un bordereau ne saurait être paralysée par une clause du contrat générateur de la créance cédée interdisant une telle cession. Est, en effet, applicable aux bordereaux la disposition de l'article L. 442-6, II du Code de commerce frappant de nullité les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une

des clauses d'incessibilité dans un domaine spécifique permet de confirmer la validité de ce type de stipulations en l'absence de disposition contraire prévue par le législateur. En effet, si la nullité des clauses restrictives de cessibilité était la règle, la consécration d'une disposition spéciale prévoyant la nullité de ce type de clause dans un domaine particulier ne serait pas justifiée. Ainsi, le fait que le législateur se soit prononcé expressément contre la validité de telles clauses figurant dans certains accords contractuels ne peut conduire qu'à admettre la validité de telles stipulations là où il n'existe pas de disposition contraire. La validité des clauses restrictives de cessibilité serait la règle ; leur nullité l'exception¹⁰⁰⁶. C'est précisément au regard de cette validité de principe que l'article L. 442-6 II (c) précité doit être interprété restrictivement en concluant que les causes visées par ce texte sont exclusivement celles d'incessibilité et non celles d'agrément¹⁰⁰⁷.

Quant au second aspect, la reconnaissance expresse de la validité des clauses d'inaliénabilité dans le domaine des libéralités démontre que le législateur n'est pas complètement réticent à ce type de clauses, même si leur validité est soumise à l'accomplissement de certaines conditions. En effet, l'article 900-1 du Code civil dispose que les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué sont valables à condition qu'elles soient temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime¹⁰⁰⁸. La jurisprudence a cependant reconnu leur validité dans le domaine des actes à titre onéreux, tout en exigeant le respect des conditions prévues par le législateur à l'égard des actes à titre gratuit¹⁰⁰⁹. Ainsi, les clauses doivent avoir une durée limitée et être justifiées par un intérêt légitime¹⁰¹⁰. En conclusion,

personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité d'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui. Avant l'entrée en vigueur de cette disposition, il avait été jugé sur le fondement du droit commun des obligations et des dispositions légales relatives au bordereau, que la banque cessionnaire n'étant pas partie au contrat liant le cédant au débiteur cédé, une clause subordonnant une cession de créance à l'agrément du débiteur n'engage pas cette banque (...). Dans un autre arrêt la Cour a fait droit à la demande du débiteur cédé se prévalant d'une clause similaire, au motif que même s'il n'a pas accepté la cession, la clause est opposable par le débiteur au cessionnaire parce que les exceptions fondées sur les rapports personnels entre le cédant et le débiteur lui sont opposables ».

¹⁰⁰⁶En faveur d'une telle analyse : B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, Préf. Y. Chaput, LGDJ, Fondation Varenne, 2003, n° 181-4, p. 157-158 : « *Le choix, fait par le législateur français, de tenir pour nulle la clause d'incessibilité de créance figurant dans certains accords contractuels confirme, si besoin était, la parfaite validité de cette stipulation hors des hypothèses visées par le texte de l'article L. 442-6* » ; L. CADIET, « Transport des créances et autres droits incorporels, cession de créance : conditions », *J.-Cl. civil*, fasc. 20, spéc. 39 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1278, p. 1327.

¹⁰⁰⁷La doctrine se trouve divisée à ce propos. Par exemple certains auteurs sont favorables à l'extension du texte aux clauses d'agrément : J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations, Régime général*, 4^e éd., Economica, 2017, n° 464, p. 457. Pour une conception plutôt favorable à l'interprétation restrictive : J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, *op.cit.*, n° 292, p. 311 : « *Cependant, la force de l'interdiction légale dépendra de l'interprétation qui sera faite de l'article L. 442-6, II, c) du Code de commerce car, s'il interdit clairement la clause d'incessibilité, il n'interdit pas nécessairement les clauses aménageant la cessibilité, telles celles prévoyant l'accomplissement de formes* ». A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, *op.cit.*, n° 240, p. 309. Contra F.-X. LICARI, « L'incessibilité conventionnelle de la créance, *Le pactum de non cedendo*, de l'École des Pandectes à la loi relative aux nouvelles régulations économiques », 1^{ère} partie., art. préc., n° 13, p. 81-82 qui considère qu'en raison de la nature essentiellement finaliste du droit de la régulation, le juge devra prononcer la nullité non seulement des clauses qui interdisent la cession de créance, mais aussi de celles tendant à entraver une telle cession, à l'exclusion des clauses d'agrément.

¹⁰⁰⁸F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, *op.cit.*, n° 33, p. 72 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 31, p. 31 ; Ch. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, 12^e éd., LexisNexis, 2014, n° 111, p. 86-87.

¹⁰⁰⁹Cass. civ. 1^{er} 31 oct. 2007, n° 05-14238, *Bull. civ. I*, n° 337 ; *RTD civ.* 2008, p.126 note de Th. Revet. En ce qui concerne la doctrine : Ph. CHAUVIRE, « Voyage sur les terres de l'inaliénabilité conventionnelle », art. préc., p.158.

¹⁰¹⁰B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, *op. cit.*, n° 153, p. 127-128 ; Ch. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, *ibidem.*, n° 112, p. 88.

le fait que le législateur et la jurisprudence soumettent les clauses d'inaliénabilité à un régime de suspicion ne signifie pas qu'elles soient dépourvues d'intérêt, de force et de vigueur.

Par ailleurs, le droit des sociétés témoigne également de la possibilité de stipuler ce type de clauses. Par exemple, l'article L. 227-12 du Code de commerce relatif aux sociétés par actions simplifiée (SAS) admet la stipulation de clauses d'inaliénabilité d'actions pourvu que celles-ci soient prévues dans les statuts de la société. Pour ce qui est des sociétés par actions (SA), l'article L. 228-23 du Code de commerce prévoit que la cession d'actions ou de valeurs mobilières peut être soumise à l'agrément de la société.

Est-ce à dire que les clauses restrictives de libre cessibilité des créances constituaient un outil efficace pour empêcher la réalisation de la cession au regard du droit applicable avant la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 ? Nous ne le pensons pas.

370. On peut en effet relever que la jurisprudence a toujours refusé d'admettre que la vocation de telles clauses serait d'éviter l'accomplissement de la cession. La sanction en cas de réalisation de la cession en violation d'une clause d'agrément ou d'incessibilité se situe plutôt sur le terrain de l'inopposabilité de la cession au débiteur. Parfois, une telle inopposabilité est conditionnée à la connaissance de la clause restrictive de cessibilité par le cessionnaire¹⁰¹¹. Il ne s'agit donc pas de remettre en cause l'existence ou la validité de la cession conclue en violation d'une clause d'agrément ou d'incessibilité mais l'efficacité de celle-ci¹⁰¹².

En outre, la nullité des clauses d'incessibilité, conformément à l'article L. 442-6 II (c) du Code de commerce, réduit significativement le champ d'application de l'interdiction conventionnelle de la libre circulation des créances. Certes, il s'agit d'une disposition au champ d'application doublement limité : la première limite réside dans la qualité du cédé, celui-ci devant être un producteur, commerçant, etc. ; la seconde tient au type de clauses concernées par la disposition, le législateur ne faisant référence qu'aux clauses interdisant purement et simplement la cession, ce qui paraît exclure les clauses d'agrément¹⁰¹³. Pour autant, force est d'admettre, que le champ d'application de la

¹⁰¹¹ V. *infra* n° 457 s.

¹⁰¹² Cass. com. 21 nov. 2000, *Bull. civ.* IV, n° 180, note P. Crocq, *RTD civ.* 2001, p. 933. Cependant, et ainsi qu'on aura l'occasion de le préciser plus loin, un nombre important d'auteurs considère que la cession conclue en violation d'une clause restrictive de la cessibilité serait nulle. Selon ces auteurs, une telle clause mettrait la créance hors du commerce.

¹⁰¹³ Pourtant, nous verrons que la question relative aux clauses visées par le législateur est loin d'être tranchée. Certains auteurs mettent en relief la possibilité d'une interprétation large de la disposition afin d'y inclure les clauses d'agrément : J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n° 292, p. 311. Cependant, d'autres auteurs considèrent que cette prohibition ne fait pas obstacle à la pratique des clauses par lesquelles le débiteur cédé réserve son agrément du créancier cessionnaire : A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, *op. cit.*, n° 241, p. 309 ; F. DANNENBERGER, note sous CA Metz, 23 mars 2005, *JCP G* 2005, II, 10172 : « De cette jurisprudence, il peut donc être tiré que la prohibition d'une clause d'interdiction de réaliser une opération juridique ne doit pas s'étendre à une clause simplement limitative. Il y a là un argument qui nous paraît exploitable pour les débiteurs cédés. Dès lors que les clauses contractuelles intéressant la possibilité de céder une créance

disposition mentionnée est loin d'être négligeable¹⁰¹⁴. De sorte que le domaine de validité de telles clauses se trouve considérablement réduit et, dans tous les cas, leur vocation à empêcher la réalisation de la cession entre le cédant et le cessionnaire ne peut être affirmée.

371. Ainsi, l'impossibilité pour le débiteur d'une créance d'empêcher son créancier de réaliser une cession est un trait caractéristique du droit commun de la cession de créance français avant la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016. Il s'agit également d'une particularité mise en avant expressément par le législateur dans certains domaines spéciaux. Le même constat peut être fait au regard du droit positif colombien.

B- L'impossibilité pour le débiteur d'empêcher la réalisation de la cession de créance en droit colombien

372. Ni la doctrine ni la jurisprudence colombienne ne semble s'être beaucoup intéressée à la question de la nature et du régime des clauses d'incessibilité et d'agrément en matière de cession de créance. En ce qui concerne le droit commun, face au silence du législateur, la tendance dominante est au refus de la validité des clauses restrictives de libre cessibilité des créances. Ces clauses ne seraient qu'une catégorie de clauses d'inaliénabilité et, par conséquent, elles se heurteraient au principe de la libre disposition des biens, lequel serait d'ordre public¹⁰¹⁵. Le domaine des biens incorporels, plus précisément celui des créances, ne ferait donc pas exception à la règle : le législateur serait le seul à pouvoir établir des limitations à la libre circulation des biens, notamment des créances. Cette position est encouragée par la jurisprudence. Par exemple, la Cour Suprême de justice colombienne a eu l'occasion de signaler dans une décision récente visant à préciser le domaine d'application des règles relatives à la cession de créance de droit commun que celle-ci devait avoir pour objet des éléments de l'actif patrimonial du cédant sur lesquels il n'existe pas d'*interdiction légale d'aliénabilité* ou des actifs dont la négociabilité n'avait pas eu lieu par un autre acte juridique, voire par l'endossement¹⁰¹⁶. De manière

ne stipulent pas une prohibition absolue et générale de toute cession, mais pose une simple limitation de cette possibilité, on voit mal à quel titre elle devrait être invalidée ».

¹⁰¹⁴ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes, op. cit.*, n° 292, p. 311.

¹⁰¹⁵ Corte suprema de justicia, Sala de casación civil, 15 décembre 1936, M.R.: Eduardo Zuleta Angel. En ce qui concerne la doctrine, sans se prononcer expressément sur la validité ou non des clauses d'inaliénabilité, ils affirment que les limitations à l'exercice du droit de propriété doivent avoir une origine légale : F. ARIAS GARCIA, *Bienes civiles y mercantiles*, Universidad Santo Tomas, Ibanez, 2008, n° 6, p. 152 et s. ; A. VALENCIA ZEA et A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil*, t. II, *Derechos reales, op. cit.*, n° 67 et s., p. 176 et s. De même, l'article 1866 du Code civil colombien sert de fondement à une partie importante de la doctrine colombienne pour affirmer que les clauses d'inaliénabilité ne sont pas valables. Conformément à cette disposition, « *Peuvent être vendues toutes les choses corporelles ou incorporelles dont l'aliénation n'est pas prohibée par la loi* ».

¹⁰¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 1^{er} décembre 2011, Réf. : 11001-3103-035-2004-00428-01, M. R. : Ruth Marina Diaz, spéc. n° 4: « *Il faut souligner que la "cession" doit avoir pour objet des éléments de l'actif du cédant, plus précisément des créances nominatives, à propos desquelles il n'existe pas d'interdiction légale pour leur aliénation* »(nous soulignons).

similaire, à l'occasion de l'analyse de la constitutionnalité d'une disposition concernant une restriction au pouvoir de libre disposition du propriétaire, la Cour Constitutionnelle colombienne a souligné qu'une telle limitation, pour être légitime, ne pouvait avoir qu'une origine légale¹⁰¹⁷.

Ainsi, la tendance à admettre la nullité des clauses d'incessibilité permet d'affirmer qu'elles ne constituent pas, en droit commun de la cession de créance en droit colombien, un outil efficace pour que le débiteur puisse se prémunir efficacement contre la cession de créance.

373. Il est vrai qu'un courant minoritaire se montre favorable à la validité des clauses restrictives de cessibilité, invoquant l'autonomie de la volonté et le principe de liberté contractuelle¹⁰¹⁸. Pour appuyer cette thèse, on pourrait évoquer le fait que le législateur colombien prévoit, à l'instar du droit français, certaines dispositions en matière de droit des sociétés qui reconnaissent la validité des clauses d'incessibilité. Il convient cependant de préciser que la validité de telles clauses dépend en grande mesure de la nature de la société. Dans les sociétés à responsabilité limitée (SARL) par exemple, le principe est celui de l'inefficacité de telles clauses. Précisément, l'article 362 du Code de commerce prévoit que les clauses restrictives de cessibilité des parts sociales sont réputées non écrites¹⁰¹⁹. Comme la jurisprudence colombienne a eu l'occasion de le préciser, cela s'explique par le fait que ce sont des sociétés pour lesquelles le caractère personnel ou *intuitu personae* est moins important¹⁰²⁰. En revanche, dans le cas des sociétés par actions simplifiée (SAS), introduites dans le droit colombien par la loi 1258 du 5 décembre 2008, le législateur a reconnu la possibilité de restreindre la libre négociabilité des actions¹⁰²¹. C'est précisément en raison du caractère fermé de ce type de société, utilisé surtout pour des entreprises familiales ou par de petits groupes qui ne sont pas intéressés à faire intervenir des personnes étrangères à l'administration des affaires familiales, que la validité des restrictions conventionnelles à la libre négociabilité des droits sociaux n'est pas remise en cause¹⁰²².

¹⁰¹⁷ Corte Constitucional Colombiana, Sentence C-189, 15 mars 2006, Réf. : D-5948, M. R.: Dr. Rodrigo Escobar Gil : « *La Cour a soutenu, maintes fois, que la propriété, en tant que droit individuel, a le caractère de fondamental (...). Précisément, les facultés d'usage, de jouissance et de disposition constituent le noyau essentiel de ce droit, lequel n'est atteint que pour les limitations légales ou le droit d'autrui (...). Tout droit doit s'harmoniser avec les autres droits coexistant et avec le Droit objectif ayant dans la Constitution sa source suprême* » (nous soulignons). Cette décision peut être interprétée dans le sens où les restrictions à la libre disposition des biens ne peuvent avoir qu'une origine légale

¹⁰¹⁸ M. MAHECHA LOPEZ, *Cesión de derechos*, Monografía, Universidad de la Sabana, spéc. p. 9, <http://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5415/129339.pdf?sequence=1> (consulté le 2 mai 2016).

¹⁰¹⁹ Il est vrai que le fait que le législateur dispose que les clauses seront réputées non écrites ne signifie pas nécessairement que la sanction soit la nullité d'une telle clause. Cependant, ce qu'il importe de mettre en relief est le fait que dans cette hypothèse particulière le législateur colombien se prononce contre l'efficacité de ce type de clauses.

¹⁰²⁰ Corte Constitucional Colombiana, Sentence C- 1260 de 2001, Ref. : D- 3569, M.R.: Rodrigo Uprymni Yepes.

¹⁰²¹ En effet, les articles 12 et 14 de cette loi admettent la possibilité d'établir des interdictions ou des restrictions à la libre négociabilité des actions, respectivement, dans ce type de société.

¹⁰²² C.-A. VÉLASQUEZ RESTREPO, « La sociedad por acciones simplificada » : <http://www.camaramedellin.com.co/site/portals/0/documentos/memorias/2011/7sas.pdf> (consulté le 10 mai 2016), spéc. p. 14.

De même, on peut signaler que le législateur a reconnu la validité des clauses restrictives de cessibilité dans le domaine de la cession de contrat comme le suggère la lecture de l'article 887 du Code de commerce. En effet, une fois posé le principe selon lequel le consentement du débiteur n'est pas requis pour que la cession puisse avoir lieu, le législateur signale dans cette disposition qu'il n'en est pas de même lorsque le cocontractant a stipulé en sa faveur une clause restrictive de cessibilité du contrat¹⁰²³.

Mais, on le répète, même dans les hypothèses où le législateur reconnaît la validité des clauses restrictives de libre cessibilité, il n'est pas sûr que la sanction en cas de violation d'une telle clause soit la nullité de l'acte. Ceci est le signe que de telles clauses n'ont pas vocation naturelle à empêcher la réalisation d'une cession.

L'analyse des clauses d'incessibilité prévues dans le domaine de la cession de créance à titre de garantie conduit au même constat. En effet, l'article 26 de la loi 1676 du 20 août 2013 reconnaît l'efficacité de la cession de créance conclue en violation d'une clause restrictive de cessibilité tant à l'égard des parties qu'à l'égard du débiteur. Il est vrai que la responsabilité du cédant peut être engagée pour la violation de cette clause. Cependant, cela ne fait que conforter l'idée que les clauses restrictives de cessibilité ne peuvent effectivement faire obstacle à une cession de créance.

374. Face à cette réticence en droits français et colombien à l'égard de la reconnaissance de la faculté pour le débiteur d'entraver ou d'empêcher la réalisation de la cession de créance par le biais d'une clause d'incessibilité ou d'agrément, une autre orientation transparait de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du régime général des obligations français. Cela pourrait bouleverser le principe selon lequel le débiteur de la créance ne peut empêcher la réalisation de la cession.

C- L'éventuel bouleversement en droit français après l'ordonnance du 10 février 2016

375. Le nouvel article 1321 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 commence par affirmer le principe de la non nécessité du consentement du débiteur pour que la cession de créance puisse avoir lieu mais son troisième alinéa consacre une exception à ce principe : le cas dans lequel la créance a été stipulée incessible. En conditionnant la réalisation de la cession au consentement du débiteur dans cette hypothèse, le législateur admet la validité de telles clauses¹⁰²⁴ et semble

¹⁰²³ L'article 887, alinéa 1^{er} du Code de commerce dispose : « Dans les contrats commerciaux d'exécution périodique ou successive chacune des parties pourra se faire substituer par un tiers dans tout ou partie des relations nées du contrat sans nécessité de l'acceptation expresse du contractant cédé, si par la loi ou par une stipulation des parties elles-mêmes, une telle substitution n'a pas été interdite ou limitée ».

¹⁰²⁴ A. GOUZEL, « Les opérations translatives », art. préc.

reconnaître qu'elles ont effectivement vocation à entraver la libre circulation des créances. En effet, si le consentement du débiteur est requis pour la réalisation de la cession lorsqu'une clause d'incessibilité a été stipulée, il serait possible d'invoquer la nullité de la cession de créance conclue en violation d'une telle clause étant donné que le consentement est une condition de validité de tout contrat¹⁰²⁵.

376. Il n'est pourtant pas certain que la jurisprudence s'oriente automatiquement vers la sanction de nullité de la cession d'une créance conclue en violation d'une clause d'incessibilité¹⁰²⁶. Sur le fondement du principe de libre disposition des biens, il ne serait pas étonnant que les juges commencent à établir des restrictions à la validité de ce type de clauses. Ils pourraient, par exemple, exiger l'existence d'un intérêt légitime de la part du débiteur bénéficiaire d'une telle clause. Également, les juges pourraient décider que malgré la validité *inter partes* et à l'égard des tiers de la cession conclue en violation d'une clause restrictive de cessibilité, la cession serait seulement privée d'effets à l'égard du débiteur de la créance cédée, bénéficiaire de la clause¹⁰²⁷.

377. En définitive, le caractère non nécessaire du consentement du débiteur et le principe selon lequel il ne peut empêcher la conclusion de la cession mettent en évidence l'état d'assujettissement du débiteur, sujet passif du lien d'obligation, à la volonté du créancier, sujet actif de

¹⁰²⁵ S. RAYMOND, « La cession de créance : le rôle du consentement du débiteur (Projet, art. 1332 et 1335) », *Projet de Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, analyses et propositions*, M. Latina et G. Chantepie (dir.), Dalloz, 2015, p. 117. Il convient de souligner que cette règle était aussi prévue à l'article 136 du projet de réforme réalisé sous la direction de F. Terré. Les commentaires concernant ce texte laissent entendre que la sanction en cas de violation d'une telle clause devrait être effectivement la nullité car le commentateur souligne qu'une telle clause empêcherait la réalisation de la cession : L. ANDREU, « Les opérations translatives (cession de créance, cession de dette, cession de contrat) », *Pour une réforme du régime général des obligations*, François Terré (dir.), Dalloz, 2013, p. 127 ; M. MEKKI, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2016, p. 608, spéc. n° 32. En faveur de la nullité : M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IX) », *LPA*, 26 avril 2016, art. préc., spéc. art. 1321 : « Par exception, ce consentement est requis lorsque la créance est stipulée incessible entre le cédant et le cédé. Le consentement vaut autorisation, c'est-à-dire opère levée de l'interdiction de cession. La cession d'une créance incessible est nulle » (nous soulignons).

¹⁰²⁶ V. *infra* n° 451 et s.

¹⁰²⁷ La jurisprudence pourrait bien reconnaître en faveur du débiteur, à partir de la rédaction de la disposition mentionnée, la possibilité de se prévaloir de la clause d'incessibilité à titre de l'opposabilité des exceptions, hypothèse dans laquelle la cession serait valable *inter partes* et même à l'égard des tiers. Voir à propos des doutes concernant les conséquences de la consécration du *pactum de non cedendo* dans les termes de l'ordonnance : M. JULIENNE, « Cession de créance : transfert d'un bien ou changement de créancier », *Dr. et pat.*, juill.-août 2015, n° 249, p. 72 ; M. JULIENNE, « La circulation des obligations issues du contrat », *JCP N*, 2017, n° 17, 1166, spéc. n° 17 ; S. RAYMOND, « La cession de créance : le rôle du consentement du débiteur », *Blog réforme du droit des obligations*, Dalloz, sous la direction scientifique de Mathias Latina, projet d'Ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, qui regrette le fait que le texte ne prévoit pas clairement la sanction applicable lorsque la cession de créance a été conclue au mépris d'une clause d'incessibilité : <http://reform-obligations.dalloz.fr/2015/06/01/la-cession-de-creance-le-role-du-consentement-du-debiteur> consulté le 8 février 2016 ; N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article*, Dalloz, 2015, p. 211. Dans le même sens la position de certains auteurs qui considèrent que dans l'hypothèse mentionnée on serait en présence d'une « cession interne » : Ch. ALLEAUME, A.-S. CHONE-GRIMALDI, *e.a.*, *La réforme du Droit des contrats, commentaire article par article Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Th. Douville, Gualino (dir.), Lextenso, 2016, p. 309. Rapp. J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations, Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 464, p. 457 : « Cela ne revient pas à dire que la cession d'une créance incessible, sans le consentement du débiteur cédé, sera nécessairement dépourvue d'effet entre le cédant et le cessionnaire. On pourrait bien admettre qu'une telle opération vaille du moins cession de l'émolument de la créance, le cédant devant reverser au cessionnaire les fonds reçus du cédé ».

ce rapport. Ce constat nous conforte dans l'idée qu'il n'est pas pertinent d'appréhender le débiteur à travers le prisme de l'acte translatif. Une lecture attentive de quelques dispositions au sein des législations française et colombienne, relatives non seulement à la cession mais aussi à d'autres opérations sur les créances, semble aller dans le même sens.

§3- Des indices de résistance en droit positif

378. Ni le législateur français ni le législateur colombien n'assimile le débiteur de la créance cédée aux tiers ou aux parties à la cession analysée en tant qu'acte translatif. En revanche, il existe des indices importants à l'encontre de l'appréhension du débiteur à travers le prisme de l'acte translatif, tant en droit français (A) qu'en droit colombien (B).

A - En droit français

379. Certaines dispositions concernant la cession de créance, en droit commun et en droit spécial, sont favorables à la reconnaissance d'une qualité originale au débiteur de la créance cédée. En droit commun, l'originalité de la qualité du débiteur semble reconnue plus ouvertement dans l'ordonnance du 10 février 2016 que dans les anciennes dispositions du Code civil. Cependant, une lecture attentive de ces dernières permet également de trouver des arguments en faveur de la thèse que nous défendons.

Au regard de la législation ancienne, il est par exemple possible de faire valoir qu'aucun texte ne qualifie le débiteur ni de tiers, ni de partie à la cession. Surtout, plusieurs articles semblent condamner ces qualifications. Pour ce qui est de la critique relative à la qualification du débiteur en tant que tiers, on peut par exemple citer l'article 1691 du Code civil étant donné qu'il était applicable à la cession de créance avant l'ordonnance du 10 février 2016¹⁰²⁸. D'après cette disposition, le débiteur se libère valablement entre les mains du cédant s'il réalise le paiement avant que la cession lui ait été signifiée. Si le législateur avait prétendu considérer le débiteur comme un tiers à la cession, la disposition prévue à l'article 1690 du Code civil, alors applicable à la cession de créance, aurait été suffisante pour conclure au caractère libératoire du paiement fait par le débiteur au cédant avant la signification de la cession¹⁰²⁹: à la lumière de l'article 1690 du Code civil, le cessionnaire ne peut se prévaloir de la cession à l'égard des tiers qu'à partir de la signification de la cession au débiteur ou de son acceptation à travers un acte authentique. Pourquoi le législateur aurait-il pris la peine de consacrer

¹⁰²⁸ Rappelons que conformément à l'article 5 de l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1691 ne s'applique pas à la cession de créance, laquelle est aujourd'hui régie par les nouveaux articles 1321 à 1326 du Code civil.

¹⁰²⁹ Voir en ce sens notamment : Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse préc., t. I, n° 58, p. 118 et s.

une disposition spéciale relative au débiteur si une telle hypothèse était déjà présente dans une disposition relative aux tiers ? Ne devrait-on pas voir dans ce constat un indice de la reconnaissance par le législateur de l'originalité de la qualité du débiteur ? Nous le pensons.

L'ordonnance du 10 février 2016, quant à elle, distingue clairement la situation des parties et des tiers à la cession de celle du débiteur. Alors que l'opposabilité au débiteur est subordonnée à la notification ou à la prise d'acte de la cession, l'efficacité de la cession entre les parties et son opposabilité aux tiers interviennent à la date de l'acte¹⁰³⁰. Autrement dit, l'efficacité de la cession à l'égard du débiteur de la créance cédée n'est calquée ni sur l'efficacité de la cession à l'égard des parties ni sur l'opposabilité de la cession aux tiers¹⁰³¹. Une telle solution témoigne de l'embarras à qualifier le débiteur de partie ou de tiers à la cession de créance.

380. En droit spécial, les exemples sont encore plus révélateurs. Deux illustrations en témoignent. La première illustration concerne la cession fiduciaire de créance. L'article 2018-2 du Code civil traite séparément le débiteur et les tiers afin de distinguer le moment de production d'effets de la cession : à l'égard des tiers, la cession est opposable à la date du contrat de fiducie ou de l'avenant qui la constate alors qu'à l'égard du débiteur, l'opposabilité ne prend effet qu'à partir de la notification de la cession par le cédant ou par le cessionnaire. La seconde illustration concerne la cession Dailly. On l'a vu, la doctrine majoritaire considère que le débiteur est un tiers au sens de l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier. En conséquence, la cession lui serait opposable à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise. La validité du paiement fait au cédant avant la notification selon l'article L. 313-28 du Code monétaire et financier ne remettrait pas en question un tel principe. Outre le caractère libératoire du paiement fondé sur la bonne foi du débiteur¹⁰³², la validité d'un tel paiement s'expliquerait par un mandat tacite d'encaissement entre le cédant et le cessionnaire¹⁰³³.

Cependant, certains auteurs remettent en question une telle analyse et proposent de distinguer précisément entre les tiers et le débiteur, et, par conséquent, entre l'opposabilité de la cession aux premiers et à ce dernier. La règle relative à la validité du paiement réalisé par le débiteur au cédant avant la notification prévue à l'article L. 313-28 du Code monétaire et financier ne serait donc pas une atténuation de l'opposabilité immédiate, mais une illustration de l'inopposabilité de la

¹⁰³⁰ Voir en ce sens l'alinéa 2 de l'article 1334 et l'article 1335 du Code civil, respectivement, issus de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats et des obligations. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 864, p. 739.

¹⁰³¹ La portée précise d'une telle distinction sera étudiée postérieurement. V. *infra* n° 465.

¹⁰³² J. FRANÇOIS, *Traité de Droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., *op.cit.*, n° 527, p. 502 ; Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, *op. cit.*, n° 752, p. 554

¹⁰³³ v. *supra* n° 342 et s.

cession au débiteur avant la notification¹⁰³⁴. Ce n'est qu'à partir d'une telle notification qu'il est interdit au débiteur de se libérer entre les mains du cédant, et cela indépendamment de son acceptation ou non de la cession¹⁰³⁵. La jurisprudence, qui reconnaît la possibilité pour le débiteur d'invoquer à l'encontre du cessionnaire la compensation d'une créance non connexe dont les conditions ne sont réunies qu'après la date du bordereau mais avant la notification, conforte l'idée de l'originalité de la qualité du débiteur de la créance cédée¹⁰³⁶. C'est peut-être pour cette raison qu'une partie minoritaire de la doctrine n'hésite pas à soutenir qu'une telle notification a pour véritable rôle de rendre la cession efficace à l'égard du débiteur¹⁰³⁷. Nous partageons cette position. Le débiteur de la créance cédée ne devrait donc pas être qualifié de tiers dans le cas d'une cession Dailly.

381. Au-delà des exemples tirés du droit commun et du droit spécial de la cession de créance, l'originalité de la qualité du débiteur est également confortée par des dispositions hors du domaine de la cession, mais tout de même relatives à des opérations ayant pour objet une créance. Par exemple, le traitement accordé au débiteur dans le cadre du nantissement semble témoigner de sa qualité particulière. En effet, si le nantissement devient opposable aux tiers à la date de l'acte¹⁰³⁸, ce n'est pas le cas pour le débiteur. À son égard, l'opposabilité de l'opération est subordonnée, soit à la notification du nantissement, soit à son intervention à l'acte¹⁰³⁹. Cette solution plaide en faveur de la spécificité de la qualité du débiteur au regard de celle des parties et des tiers à l'acte de nantissement.

¹⁰³⁴ M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, op. cit., n° 77 et s, p. 55 et s. Voir également : F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 563, p. 500 où l'auteur affirme que si la cession Dailly est opposable aux tiers à la date de l'acte, il n'en va pas de même à l'égard du débiteur pour qui la notification est requise.

¹⁰³⁵ La jurisprudence a eu l'occasion de le rappeler assez récemment : Cass. com. 17 déc. 2013, n° 12-26.706 note de X. DELPECH, « Portée de la notification en matière de cession Dailly », *D. Actualité, Affaires, Banque-crédit*, 10 janvier 2014 : « En matière de « cession Dailly », il ne faut pas confondre acceptation de la cession de créance par le débiteur cédé et notification de la cession par le cessionnaire à ce même débiteur. La première implique, pour être efficace, une démarche explicite de la part du débiteur cédé et le respect d'un formalisme légal, à peine de nullité de l'engagement (un écrit, signé du débiteur, intitulé « acte d'acceptation de la cession ou du nantissement d'une créance professionnelle »). À l'inverse, la seconde produit ses effets – certes moins énergiques que dans le cadre de l'acceptation (en particulier, en présence d'une simple notification, le principe de l'inopposabilité des exceptions n'est pas écarté) – par sa simple réception par le débiteur-cédé. Même s'il ne réagit pas à la notification qu'il reçoit de la part du cessionnaire, il doit, à compter de celle-ci, s'acquitter du règlement de la créance entre les mains du cessionnaire, et non plus du cédant, sous peine d'effectuer un paiement non libératoire au sens de l'article 1240 du code civil (avec, pour corollaire, la règle « qui paye mal, paye deux fois »). C'est cette confusion que combat opportunément la Cour de cassation dans cet arrêt rendu au double visa des articles L. 313-28 et L. 313-29 du code monétaire et financier, sièges, respectivement, de la notification et de la cession de créance professionnelle ».

¹⁰³⁶ V. supra n° 341. Adde. E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles des créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op. cit., n° 680, p. 412 : « La notification de la cession au débiteur a plusieurs effets. Suite à la notification, le cessionnaire a la seule qualité pour demander le paiement au débiteur, ou même lui accorder des délais de paiement. À partir de la notification, il est admis que le débiteur cédé ne peut plus se libérer valablement entre les mains du cédant et ne peut plus invoquer la compensation légale qui serait intervenue postérieurement entre lui-même et le cédant ».

¹⁰³⁷ D. MARTIN et H. SYNDET, « Le paiement à autrui de la créance professionnelle cédée », *JCP E*, 1987, II, 14940, n° 6 ; D. SCHMIDT et Ph. GRAMLING, « La loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises », art. préc., spéc. n° 28, p. 217 : « Quant au débiteur, qui n'est pas un véritable tiers, la cession ou le nantissement lui seront opposables à compter de la notification qui lui adressera l'établissement de crédit, portant interdiction de payer 'entre les mains du signataire du bordereau' ».

¹⁰³⁸ Voir l'article 2361 du Code civil.

¹⁰³⁹ Voir l'article 2362 du Code civil.

Certes, on pourrait objecter que le nantissement de créance n'opère pas un transfert de créance et, en conséquence, que l'exemple ne s'avère pas pertinent. Une telle critique n'est pourtant pas déterminante. Le nantissement est un acte qui, sans opérer le transfert d'une créance, entraîne malgré tout le risque pour le débiteur de la créance d'être mis en relation avec une personne étrangère au rapport noué entre lui et son créancier originaire : malgré l'immutabilité du créancier, le nanti exercera un pouvoir de contrainte sur le débiteur. La situation de celui-ci est donc particulière puisque tout en restant débiteur de son créancier initial, il sera tenu de verser l'émolument de la créance entre les mains d'un tiers qu'il n'a pas choisi¹⁰⁴⁰. Plus encore, en raison de la possibilité d'attribution judiciaire, le créancier nanti pourra acquérir la pleine titularité de la créance grevée¹⁰⁴¹. Cette particularité ne peut être comprise qu'en gardant à l'esprit que le débiteur d'une créance nanti est avant tout le sujet passif d'une obligation¹⁰⁴². À plus forte raison nous semble-t-il, une telle spécificité mérite d'être mise en avant dans l'hypothèse de la cession de créance dans laquelle le débiteur subira inévitablement un changement de titulaire de la créance¹⁰⁴³.

382. Contrairement à ce que l'on peut *a priori* penser, la détermination de la qualité du débiteur de la créance cédée n'est donc pas une question définitivement tranchée en droit français qui résiste à la qualification du débiteur en tant que partie ou tiers à la cession de créance. Il en va de même en droit colombien.

B-En droit colombien

383. Tant en droit commun qu'en droit spécial de la cession de créance, et plus précisément dans le domaine de la cession de créance à titre de garantie, il existe quelques dispositions qui se montrent favorables au fait d'accorder au débiteur de la créance cédée une qualité particulière.

¹⁰⁴⁰ M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, *op. cit.*, n° 16, p. 15.

¹⁰⁴¹ Voir d'une manière générale à propos des avantages de l'attribution judiciaire de la créance pour le créancier nanti : M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, *ibidem*, n° 188, p. 130 : « *En réalité, l'attribution présentera souvent certains avantages, du moins certaines particularités, par rapport au paiement direct (...). Elle permet par exemple au nanti d'acquérir la pleine titularité de la créance grevée, afin de la mobiliser immédiatement et se procurer les liquidités sans avoir à attendre qu'elle vienne à échéance. Le nanti pourrait certes mobiliser la créance garantie (dont il est déjà titulaire), assortie de la créance nantie, de sorte que celle-ci serait indirectement mobilisée. Cela est bien entendu possible, mais le schéma serait beaucoup plus compliqué. Il est nettement plus simple de céder la créance nantie elle-même, plutôt que la créance garantie, dont le débiteur est éventuellement insolvable, mais qui est assortie du nantissement d'une autre créance dont le débiteur est solvable* ».

¹⁰⁴² M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, *ibid.*, n° 114, p. 79 : « *Tant que le débiteur se comporte comme sujet passif de l'obligation, il est fondé à ignorer la sûreté et peut non seulement payer le constituant comme le prévoit l'article 2362, mais encore traiter avec lui pour éteindre ou modifier sa dette* ». Précisons cependant que pour cet auteur, le débiteur aurait exceptionnellement la qualité de tiers : dans les cas où il n'invoquerait pas une prétention tenant à sa qualité de sujet passif de l'obligation, mais ferait valoir un droit concurrent à celui d'un autre ayant cause de son créancier.

¹⁰⁴³ Le débiteur s'exposerait donc non seulement au changement du bénéficiaire de l'obligation mais surtout à celui du changement du titulaire de la créance. Cela correspond à la distinction opérée par certains auteurs entre la qualité de créancier et celle de bénéficiaire de l'obligation : M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, *ibid.*, n° 16, p. 15 ; J. FRANÇOIS, *Les opérations juridiques triangulaires attributives*, thèse Paris II, 1994, n° 257, p. 197.

384. S'agissant de la cession de créance de droit commun, le législateur a distingué, au moins d'un point de vue théorique, entre les parties, les tiers et le débiteur. En effet, l'article 1959 du Code civil dispose que la cession sera efficace entre les parties à partir de la remise du titre¹⁰⁴⁴, alors que les articles 1960 et 1963 conditionnent une telle efficacité, tant à l'égard des tiers qu'à l'égard du débiteur, à l'accomplissement d'une formalité : la notification de la cession au débiteur ou son acceptation. On peut donc constater que le législateur se réfère au débiteur de la créance cédée en le distinguant des tiers. Cela est mis en évidence par la formule utilisée : « *la cession n'est efficace ni contre le débiteur ni contre les tiers* »¹⁰⁴⁵.

Les distinctions opérées par ces dispositions ont une réelle portée pratique en ce qui concerne les parties et les tiers ; ce n'est pas le cas de la distinction entre les tiers et le débiteur. En subordonnant à l'accomplissement des mêmes formalités l'efficacité de la cession à l'égard du débiteur et à l'égard des tiers, le législateur colombien sème le doute quant à la nécessité de reconnaître au débiteur de la créance cédée une qualité distincte. Cette circonstance ne doit pourtant pas induire en erreur. Les travaux préparatoires du Code civil de Bello révèlent qu'une telle distinction était justifiée. La lecture de l'article 1902 du Code civil chilien dans le projet de 1942 montre bien que Bello distinguait effectivement les formalités nécessaires à l'efficacité de la cession à l'égard des tiers de celles nécessaires à l'efficacité de la cession à l'égard du débiteur¹⁰⁴⁶. Par rapport aux tiers, était exigée une notification judiciaire mais la notification par d'autres moyens que la voie judiciaire était de fait aussi admise avec, dans ce cas, l'exigence de la présence de trois témoins ou la notification par l'intermédiaire d'un greffier. Quant à l'acceptation, elle devait être constatée par un acte authentique. En revanche, pour le débiteur, une notification simple ou une acceptation, même tacite, étaient suffisantes pour considérer qu'il était obligé envers le cessionnaire. Les commentateurs justifiaient une telle différence de traitement par le fait que les formalités concernant les tiers avaient pour but de doter l'acte de cession d'une date certaine alors que celles relatives au débiteur avaient pour but de l'informer de la

¹⁰⁴⁴ C'est un aspect sur lequel nous reviendrons au moment d'analyser la portée de l'analyse binaire que nous proposons de la cession de créance en ce qui concerne les parties et les tiers : V. *infra* n° 667 et s.

¹⁰⁴⁵ Si le législateur avait eu l'intention d'intégrer le débiteur dans la catégorie des tiers, il aurait pu utiliser une autre formulation, comme par exemple : « La cession n'est efficace ni à l'égard du débiteur *ni des autres tiers* ».

¹⁰⁴⁶ Andrés Bello, *Obras completas*, t. XIII, *Código Civil de la República de Chile*, II, Caracas, Venezuela, Ministerio de Educación, Comisión editora de las obras completas de Andrés Bello, Biblioteca Nacional, 1955, art. 1902, p. 689 où on peut constater que dans le projet de l'année 1942, titre XXIV, art. 1, i. 2 et 3 Bello distinguait entre le débiteur et les tiers : « *Mais, malgré la remise du titre, la cession n'aura pas d'effet contre le débiteur, si elle ne lui a été notifiée, ou s'il ne l'a pas acceptée. Sans cette notification ou acceptation, le débiteur pourra payer le cédant. La cession n'aura pas non plus d'effet contre les tiers, si elle n'est pas constatée par écriture publique ou acte sous seing privé signé par trois témoins, ou si elle n'a pas été notifiée au débiteur par un greffier, laissant note de la notification dans le titre, ou s'il n'est pas constaté d'une façon authentique que le cessionnaire a été accepté par le débiteur* ». Nous reviendrons sur cet aspect : V. *infra* n° 798.

réalisation de la cession de façon à ce que le débiteur soit mis en relation avec son nouveau créancier¹⁰⁴⁷.

La raison pour laquelle la distinction entre les formalités à l'égard des tiers et à l'égard du débiteur a disparu n'apparaît pas dans les travaux préparatoires ; cependant, l'identité depuis consacrée dans les textes entre les formalités concernant les tiers et celles relatives au débiteur ne doit pas masquer une vérité incontestable : le fait que ces dernières ont pour finalité de lier le débiteur à son nouveau créancier¹⁰⁴⁸ -le cessionnaire- et cela indépendamment du rôle qu'elles peuvent jouer à l'encontre des tiers¹⁰⁴⁹.

385. Outre les règles signalées en matière de cession de créance de droit commun, les textes relatifs à la cession de créance à titre de garantie, prévue dans la loi 1676 du 20 août 2013, témoignent de la réticence du législateur à intégrer le débiteur de la créance cédée dans la catégorie des tiers ou même dans celle de parties à la cession.

La distinction entre débiteur et tiers est reconnue afin de déterminer le moment de production d'effets de la cession à titre de garantie. Malgré les formulations ambiguës utilisées par le législateur¹⁰⁵⁰, il est possible de conclure que la notification de la cession au débiteur est nécessaire pour que la cession soit efficace à son égard¹⁰⁵¹. En ce qui concerne les tiers, en revanche, tout porte à croire que la cession ne leur est opposable qu'à partir de l'inscription dans le registre public institué par la loi à de telles fins¹⁰⁵².

La distinction entre le débiteur et les parties à la cession est une réalité. Le fait que l'accord constitutif de la garantie suffise à rendre la cession efficace entre le créancier constituant de la garantie

¹⁰⁴⁷ Voir à propos de ce débat en droit chilien: F. VÉLEZ, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, t. VII, *corregida y aumentada por el autor y por Luis Angel Arango*, *op. cit.*, n° 438 et s., p. 331 et s.; par G. FIGUEROA YÁNEZ, *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas*, t. VIII, *Código civil y leyes complementarias*, *op. cit.*, art. 1902, p. 27 et s.

¹⁰⁴⁸ V. *infra* n° 468 s.

¹⁰⁴⁹ V. *infra* n° 794 s.

¹⁰⁵⁰ Ce sera un aspect sur lequel nous reviendrons au cours de l'analyse des rapports entre les parties et les tiers : V. *infra* n° 801 et s.

¹⁰⁵¹ Il paraît possible d'arriver à une telle conclusion puisque le législateur a prévu, conformément aux articles 28 et 30 de la loi 1676 du 20 août 2013, respectivement, que le paiement réalisé par le débiteur entre les mains du cédant est valable jusqu'à la notification de la cession mais aussi que le débiteur peut opposer la compensation d'une créance dont les conditions sont réunies avant ladite notification.

¹⁰⁵² Certains auteurs considèrent pourtant que l'opposabilité aux tiers de la cession de créance à titre de garantie est seulement conditionnée à la notification au débiteur : F.-A. BONILLA SANABRIA, « El nuevo régimen legal de las garantías mobiliarias », *Revist@ e-mercatoria*, n° 42, Sección de Actualidad jurídica 2014, n° 11, p. 13 qui affirme que « l'opposabilité de la cession de créance à titre de garantie a lieu conformément aux règles de notification au débiteur cédé ».

et le créancier garanti¹⁰⁵³, alors qu'à l'égard du débiteur de la créance cédée l'accomplissement de la notification s'impose¹⁰⁵⁴, conforte cette idée.

386. **CONCLUSION DE LA SECTION II.** En dépit des difficultés rencontrées, nous avons pu rendre compte de la réalité et même de la nécessité de la reconnaissance, en droit français comme en droit colombien, de l'originalité de la qualité du débiteur de la créance cédée. Les qualifications habituellement proposées -débiteur perçu en tant que tiers ou partie à la cession- se révèlent non seulement ambiguës, mais également trompeuses en ce sens qu'elles dissimulent l'état d'assujettissement du débiteur en tant que sujet passif du lien d'obligation. Par ailleurs, une lecture attentive de plusieurs dispositions relatives à la cession de créance, en droit français comme en droit colombien, met en évidence la reconnaissance par nos législateurs de la qualité spéciale du débiteur de la créance cédée.

¹⁰⁵³ Voir en ce sens l'alinéa 1^{er} de l'article 24 de la loi 1676 du 20 août 2013 : « Une garantie sur des créances, y compris une cession de créance à titre de garantie, aura des effets entre le garant et le créancier garanti à partir de l'accord de constitution de la garantie ou de la cession ».

¹⁰⁵⁴ Voir à ce sujet les articles 28 et 30 de la loi 1676 du 20 août 2013.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

387. La détermination de la qualité du débiteur à partir du prisme déformant du caractère translatif de la cession présente des obstacles incontestables. Il paraît en effet difficile de qualifier le débiteur de partie, de tiers ou même d'objet du transfert. En revanche, si l'on part de l'idée que la cession modifie le lien d'obligation comme conséquence d'une faculté reconnue en faveur du créancier, la qualité du débiteur apparaît clairement : il est le sujet passif d'une modification subjective d'une obligation. De fait, le débiteur ne fait que subir cette modification en tant que sujet passif dudit lien. La cession a donc, à l'égard du débiteur, un effet modificatif.

Cette mise en lumière de la véritable qualité du débiteur au regard de l'acte de cession n'a pas qu'un intérêt théorique. Grâce à cette conception, il est possible de mieux comprendre les raisons pour lesquelles le débiteur de la créance cédée mérite une protection spéciale.

Chapitre II

Le débiteur, bénéficiaire d'une protection spéciale

388. Un nombre significatif d'auteurs, tant en France qu'en Colombie, reconnaissent que toute cession entraîne le risque pour le débiteur de se retrouver face à un créancier moins patient ou plus exigeant quant à la demande d'exécution de l'obligation en question¹⁰⁵⁵. Outre un tel risque, certains auteurs admettent que la cession puisse effectivement occasionner quelques désagréments mineurs mais cela ne les empêche pourtant pas d'affirmer que la cession est un acte neutre pour le débiteur¹⁰⁵⁶. Ainsi, la constatation de ces désagréments mineurs ne serait pas, en soi, un élément suffisant pour conclure que la cession aggrave, d'un point de vue juridique, la situation du débiteur¹⁰⁵⁷. Cette neutralité « juridique » à l'égard du débiteur de la créance cédée justifierait donc le principe de libre cessibilité des créances reconnu au sein du droit français et du droit colombien¹⁰⁵⁸.

389. Certes, l'éventualité de se retrouver face à un créancier plus sévère ne constitue pas, du moins au sein de nos systèmes juridiques¹⁰⁵⁹, une raison suffisante pour affirmer l'aggravation, d'un point de vue juridique, de la situation du débiteur et, en conséquence, pour soutenir l'interdiction, de

¹⁰⁵⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, op. cit., n° 354, p. 350, note 1 : « L'affirmation doit être nuancée car cela fait quand même une différence pour le débiteur d'avoir un créancier qui prêche la « morale de l'infinie patience » (Carbonnier), ou un créancier plus imprégné de la morale des affaires qui réclame l'exécution ponctuelle, surtout à une époque où on associe les créanciers à l'apurement du passif des débiteurs surendettés (C. consom., art. L. 331-1 s., relatifs au traitement des situations de surendettement) ».

¹⁰⁵⁶ En droit français : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *ibidem* ; E. CASHIN- RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op.cit., n° 704, p. 429 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, op.cit., n° 302, p. 325 qui se réfèrent plutôt à la neutralité de la transmission en ce sens que la cession n'opère aucune modification de la créance. Pour le droit colombien : C. GOMEZ ESTRADA, *De los principales contratos civiles*, op.cit., p. 149.

¹⁰⁵⁷ G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur les créances*, thèse préc., n° 121, p. 112 : « Le comportement du créancier est extra juridique. En revanche, pour que la transmission de la créance soit envisageable il faut et il suffit que juridiquement cette opération soit neutre pour le débiteur, et c'est bien le cas en droit, tant en théorie qu'en pratique : que le transfert soit ou non réalisé, le débiteur reste toujours tenu aux mêmes conditions. D'ailleurs, si le débiteur paie en temps et en heure, comme il y est obligé, il n'aura pas à éprouver la patience de son créancier ».

¹⁰⁵⁸ En ce sens et à propos du droit allemand : E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op. cit., n° 429, p. 254-255 : « La cession peut également être exclue si elle conduit le débiteur cédé dans des difficultés excessives, car dans ce cas, elle contrevient au § 242 BGB proche de la notion d'abus en droit français. Ces difficultés doivent être véritablement démesurées, et la Cour Fédérale a écarté la demande d'une société tendant à déclarer incessibles les créances de salaire en raison du surcroît de travail occasionné à la comptabilité par ces cessions. La Cour a expressément déclaré que le débiteur peu subir des inconvénients mineurs suite à la cession sans pouvoir arguer de la violation du § 242 BGB ». A propos du droit français : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Régime général*, op. cit., n° 17, p. 9 : « La cession de créance est un contrat entre cédant et cessionnaire où le débiteur cédé n'intervient pas. Celui-ci reste un tiers par rapport à la cession. Il changera de créancier sans être consulté. En effet, il lui est, en principe, indifférent d'avoir comme créancier Pierre (le cessionnaire) ou Paul (le cédant) ; sa dette sera la même ». Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, op. cit., n° 822, p. 655 : « Transmettre une créance, c'est, en définitive, changer la personne du créancier : le créancier originaire sera remplacé par le cessionnaire de la créance. Mais qu'importe au débiteur de devoir à l'un plutôt qu'à l'autre dès l'instant que sa dette n'est pas modifiée. Aussi la libre transmission des créances est-elle admise : elle se réalise par une cession de créance, soit celle du Code civil, soit celles simplifiées qui sont organisées pour certaines créances » (nous soulignons).

¹⁰⁵⁹ Il n'en était pas de même en droit romain : F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones, Concepto, estructura, vicisitudes*, op. cit., n° 320, p. 423, note 81.

principe, de la libre cession des créances. Néanmoins, il n'est pas certain que ce soit le seul risque encouru par le débiteur d'une créance cédée. En effet, la situation du débiteur est susceptible d'être aggravée du fait de la cession. Cette circonstance appelle donc à s'interroger non seulement sur la nécessité d'accorder une protection au débiteur (**Section I**), mais aussi quant à la mise en œuvre d'une telle protection (**Section II**).

Section I- La nécessité d'une protection

390. La doctrine majoritaire insiste sur le caractère translatif de la cession afin de mettre en évidence sa prétendue « neutralité » à l'égard du débiteur¹⁰⁶⁰. Sans remettre en question ce caractère¹⁰⁶¹, il est cependant possible d'affirmer que la cession de créance n'est pas, par principe, un acte neutre pour le débiteur. Cette mise en cause de la prétendue « neutralité » de la cession à l'égard du débiteur est d'ailleurs reconnue par certains auteurs en droit français¹⁰⁶² et confortée par la récente réforme du droit des obligations¹⁰⁶³.

391. De fait, différents risques peuvent être encourus par le débiteur de la créance cédée, ce qui témoigne de l'absence de neutralité de la cession à son égard¹⁰⁶⁴. Le changement de créancier peut effectivement avoir un impact négatif sur le contenu et sur les conditions d'exécution de la prestation due. Cependant, ce ne sont pas les seuls inconvénients de la cession pour le débiteur. Celui-ci s'expose également à la création de charges et d'obligations à son encontre, et cela indépendamment du fait que le contenu de la prestation reste le même. C'est pourquoi, nous étudierons dans un premier temps les

¹⁰⁶⁰ Rappelons que certains auteurs ont même pu affirmer que le changement de créancier ne porterait aucune atteinte aux intérêts du débiteur : E. GAUDEMET, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, *op. cit.*, p. 35 : « De même on s'explique facilement que la succession aux créances devance la succession aux dettes. D'une part, la créance peut être conçue comme une valeur (...). D'autre part, le changement de créancier ne porte aucune atteinte aux intérêts du débiteur, tandis que le changement de débiteur peut être préjudiciable au créancier » (nous soulignons).

¹⁰⁶¹ Cela s'explique en raison de la double nature juridique de la cession de créance : celle-ci est la modification d'un lien et en même temps le transfert d'un bien.

¹⁰⁶² Certains auteurs le reconnaissent : M. JULIENNE, « Cession de créance : transfert d'un bien ou changement de créancier », art. préc., p. 69 : « Pour autant, il se garde bien (le projet d'Ordonnance portant réforme du droit des obligations en droit français) de tout dogmatisme et envisage également l'obligation comme un rapport unissant deux personnes, dont le transport n'est pas toujours neutre ni même légitime » ; E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, *op. cit.*, n° 743, p. 456 : « Malgré cela, cette cession n'est pas neutre à son égard, car elle peut lui faire perdre des droits, notamment à compensation, ou compliquer le déroulement de ses affaires en l'obligeant à payer à un créancier qu'il n'a pas choisi » ; Th. JACOB, *Cession de créance et opposabilité*, thèse préc., n° 618, p. 293 : « La réalité est plus complexe. La transmission d'une créance n'est pas totalement insignifiante pour le débiteur cédé. L'efficacité même de la cession suppose que certaines exceptions puissent ne pas être soulevées » ;

¹⁰⁶³ Voir à ce propos : Ch. GIJSBERS, « Les opérations translatives », art. préc., p. 78 : « Mais le nouveau régime n'est pas tout à l'avantage du cessionnaire et du cédant. Les réformateurs ont également eu le souci des intérêts du débiteur cédé pour qui le changement de créancier n'est pas toujours aussi neutre que l'on se plaît à le dire » ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 852, p. 731 qui soulignent que le législateur a essayé, avec la réforme, « de trouver un équilibre entre la circulation de la créance, conçue comme une richesse susceptible d'être mobilisée, et la protection du débiteur, fondée sur le rapport interpersonnel que constitue la créance ».

¹⁰⁶⁴ M. RENFERT et J.-P. BRUN, « Les clauses prohibant la cession de créances en droit français et en droit comparé », *RTD financier*, n° 3, 2009, doctrine, p. 37.

risques concernant directement la prestation due (§1), puis ceux qui ne la concernent pas directement (§2).

§1- Les risques relatifs à la prestation due

392. Nous savons que le débiteur d'une créance est tenu d'exécuter une prestation déterminée en faveur d'un créancier déterminé. C'est pourquoi, contrairement à ce qui est affirmé par la doctrine majoritaire, il n'est pas complètement indifférent, pour le débiteur, de se libérer dans les mains d'un créancier ou d'un autre. Le changement de créancier peut entraîner la perte de certaines exceptions au préjudice du débiteur (A). Ce changement risque aussi d'altérer les conditions d'exécution de la prestation due par le débiteur (B).

A- Le risque de perte de certaines exceptions au préjudice du débiteur

393. La non modification de l'obligation due par le débiteur d'une créance cédée est vue comme un dogme par la doctrine majoritaire. Ce serait le fondement même de la cession de créance. Toutefois, l'obligation créant un lien personnel, le changement de créancier n'est pas sans conséquences sur son contenu. Il est vrai que la prestation, objet de l'obligation, n'est pas modifiée du fait de la cession -le débiteur reste tenu, à l'égard du cessionnaire, dans les mêmes termes qu'il l'était à l'égard du cédant- ; mais nous savons que le débiteur peut invoquer contre son créancier différents moyens tendant à remettre en question, soit partiellement, soit totalement, les prétentions du créancier. C'est précisément dans la mesure où le débiteur peut perdre certains moyens de défense parmi ceux qu'il aurait pu invoquer contre le cédant si la cession n'avait pas eu lieu, qu'il semble impératif d'admettre que la cession risque de modifier la prestation due.

394. On nous objectera, sans doute, que cette affirmation est fautive au regard du principe de l'opposabilité des exceptions¹⁰⁶⁵ ; celles-ci pouvant être comprises comme tous les moyens de défense ou les arguments invoqués par le débiteur à l'encontre de son créancier afin de remettre en question l'existence même du droit de créance ou bien l'étendue de ce droit¹⁰⁶⁶. Le principe de l'opposabilité des exceptions dans le domaine de la cession de créance fait donc référence à la possibilité pour le débiteur de la créance cédée d'invoquer contre le cessionnaire les moyens de défense qu'il aurait pu invoquer contre le cédant si la cession n'avait pas eu lieu.

¹⁰⁶⁵ Nous n'entrerons pas ici dans les détails concernant la signification et la portée d'un tel principe. Ce sont des aspects sur lesquels nous reviendrons lors de l'étude de la mise en œuvre de la protection du débiteur : V. *infra* n° 499 et s.

¹⁰⁶⁶ V. *infra* n° 500 s.

395. Bien que la doctrine majoritaire affirme que le débiteur puisse se prévaloir, à l'encontre du cessionnaire, des mêmes moyens de défense dont il disposait contre le cédant et, par conséquent, que la cession ne modifierait en rien sa situation originaire, quelques exemples montrent bien qu'il ne s'agit pas d'une règle absolue. Le débiteur s'expose effectivement à un risque de perte de ses moyens de défense. Quatre exemples, non exhaustifs, méritent à cet égard d'être évoqués.

396. Le premier est le risque de perte de l'exception de compensation¹⁰⁶⁷. La nature juridique de celle-ci reste controversée en droit français comme en droit colombien. D'aucuns considèrent que la compensation participe de la nature juridique du paiement¹⁰⁶⁸ alors que d'autres soutiennent qu'elle obéit à une nature juridique particulière¹⁰⁶⁹. Parmi ceux qui lui accordent une nature juridique particulière, beaucoup affirment que la compensation est un mode original d'extinction de l'obligation par satisfaction indirecte¹⁰⁷⁰. D'autres assurent qu'il s'agit d'un « quasi-paiement »¹⁰⁷¹. La prise de position dans l'un ou l'autre sens ne sera pas sans conséquences sur l'analyse des rapports entre la cession de créance et la compensation¹⁰⁷². Il convient en effet de souligner que la cession expose le débiteur à la perte de ce moyen de défense¹⁰⁷³ ; une perte qui peut se produire dans deux hypothèses.

La première hypothèse est celle d'une acceptation pure et simple de la cession par le débiteur de la créance cédée. En effet, conformément à l'ancien article 1295 du Code civil français et à l'article 1718 du Code civil colombien, le débiteur de la créance qui prétend se prévaloir à l'encontre

¹⁰⁶⁷ Ainsi, un auteur colombien, tout en affirmant la neutralité de la cession à l'égard du débiteur, reconnaît que dans l'hypothèse de la compensation, on est en présence d'une situation dans laquelle le changement de créancier n'est pas indifférent au débiteur : M. CASTRO DE CIFUENTES, « Transmisión de las obligaciones », art. préc., n° 6, p. 80. Pour le droit français : A. BENABENT, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 701, p. 543-544 : « Il est toutefois un cas où la cession risque d'avoir un effet fâcheux pour le débiteur. Si celui-ci disposait de son côté d'une autre créance contre le créancier initial, il pouvait invoquer une compensation. Or, après la cession, les créances ont cessé d'être réciproques du fait du changement de créancier, lequel peut ainsi venir priver le débiteur d'un avantage sur lequel il pouvait compter, car la compensation constitue souvent une garantie : si le cédant devient insolvable, le débiteur devra néanmoins payer sa dette au cessionnaire sans pouvoir recouvrer sa créance réciproque ».

¹⁰⁶⁸ En droit français : J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations, op. cit.*, n° 1253, p. 2486 ; J. GHESTIN, M. BILLAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Régime des créances et des dettes, op. cit.*, n° 972, p. 1008 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. II., vol. 1, Les obligations, op. cit.*, n° 1145, p. 1138 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Droit civil, t. II, Les obligations, Le régime, op. cit.*, n° 635, p. 664. En droit colombien et en ce qui concerne les auteurs qui analysent la compensation en un double paiement : A. VALENCIA ZEA et A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho civil, t. III. De las obligaciones, op. cit.*, p. 448.

¹⁰⁶⁹ R. MENDEGRIS, *La nature juridique de la compensation*, Préf. P. Catala, LGDJ, 1969 qui dans la conclusion générale de sa thèse souligne que la compensation apparaît comme un mécanisme d'extinction des obligations distinct du paiement.

¹⁰⁷⁰ J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, t. IV, Les obligations, régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 62. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t. III, Le rapport d'obligation, op. cit.*, n° 473, p. 460 s ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1389, p. 1432 s.

¹⁰⁷¹ En droit français : L. ANDREU, « Réflexions sur la nature juridique de la compensation », *RTD com.*, 2009, 655, n° 17 : « L'identification de la compensation au paiement, dont on se proposait de vérifier la pertinence, n'est ni tout à fait vraie, ni tout à fait fausse. L'étude du procédé en a révélé la nature profonde et son autonomie par rapport au paiement : la compensation est un « quasi-paiement » ; elle doit donc être située à un emplacement distinct de celui-ci - mais au même niveau - dans l'étagère conceptuelle du droit français ».

¹⁰⁷² V. *infra* n° 526 s.

¹⁰⁷³ M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (XI), *LPA*, 13 mai 2016, art. préc., spéc. art. 1347-5 où l'auteur affirme que « dès que la cession est opposable au cédé, ce dernier ne peut plus se prévaloir de la compensation faute de réciprocité des créances, quel que soit le procédé utilisé pour aboutir à l'opposabilité ».

du cessionnaire de la compensation qu'il aurait pu opposer au cédant doit faire la réserve correspondante au moment de l'acceptation. Dès lors, si le débiteur ne fait pas une telle réserve, il perd le droit à invoquer la compensation. Autrement dit, si le débiteur prétend opposer la compensation au cessionnaire, il doit prévoir une réserve correspondante. Cette hypothèse n'a pas été modifiée par la récente réforme du régime général des obligations en droit français. En effet, l'article 1347-5 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 précise que le débiteur qui a pris acte sans réserve de la cession de créance ne peut opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu opposer au cédant.

La seconde hypothèse concerne la signification ou notification de la cession, conformément à l'ancien article 1295, alinéa 2 du Code civil français et à l'article 1718 du Code civil colombien. En droit français, l'ancien article 1295, alinéa 2 du Code civil disposait qu'en cas de signification, le débiteur de la créance cédée ne pouvait opposer au cessionnaire la compensation des créances postérieures à une telle signification. La difficulté provient de ce que l'on doit comprendre par l'expression « créances postérieures ». Conformément à l'interprétation de la doctrine majoritaire et de la jurisprudence¹⁰⁷⁴, si les conditions de la compensation entre la créance du cédant et celle du cédé n'ont été réunies qu'après la signification de la cession, la compensation ne saurait être invoquée à l'encontre du cessionnaire puisque les créances avaient cessé d'être réciproques¹⁰⁷⁵. Il conviendrait donc conclure que le débiteur ne pourrait pas se prévaloir des créances nées avant la signification, mais devenues exigibles après celle-ci. La même conclusion semble s'imposer après l'ordonnance du 10 février 2016. En effet, la disposition selon laquelle le débiteur « *peut également opposer les exceptions nées de ses rapports avec le cédant avant que la cession lui soit opposable, telles ... la compensation de dettes non connexes* »¹⁰⁷⁶ laisse entendre que pour que le débiteur puisse opposer la compensation au cessionnaire, il serait nécessaire que toutes les conditions requises pour qu'elle s'opère se soient réalisées avant la cession. Cette interprétation s'avère très nuisible aux intérêts du débiteur de la créance cédée. Pour quelles raisons empêcher le débiteur de se prévaloir de la compensation d'une créance existant en sa faveur contre le cédant au moment de la signification de la cession ou de la notification dont la seule particularité est de ne pas être devenue exigible ? Ce risque réel d'aggravation de la situation du débiteur est à l'origine de développements jurisprudentiels portant sur la possibilité pour le débiteur

¹⁰⁷⁴ Cass. com., 13 déc. 1994, n° 92-16550, *Bull. civ.* IV, n° 373 ; *RTD com.* 1995, p. 457, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; *JCP E* 1995, II, n° 733, note G. Virassamy.

¹⁰⁷⁵ E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, *op.cit.*, n° 713, p. 434. Voir dans le même sens mais d'une manière implicite : G. VIRASSAMY, note sous Cass. com., 13 déc. 1994, n° 92-16550, *JCP E* 1995, II, n° 733, n° 2 et 4 où l'auteur signale que conformément à l'article 1290 du Code civil, et pour que la compensation légale ait lieu de plein droit, il est nécessaire que les créances soient certaines, liquides et exigibles avant la notification.

¹⁰⁷⁶ Voir le nouvel article 1324, alinéa 2 issu de l'ordonnance du 10 février 2016.

d'opposer au cessionnaire la compensation de créances connexes, et cela indépendamment de la date de naissance ou même de l'exigibilité de celles-ci. La compensation de dettes connexes serait toujours opposable par le débiteur sans tenir compte de la date de signification ou de notification de la cession, selon qu'on se situe respectivement avant ou après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016. Cependant, le recours à la notion de « dettes connexes » ne résout pas toutes les difficultés¹⁰⁷⁷.

Quant au droit colombien, à la différence du droit français, le législateur a reconnu à l'article 1718, alinéa 2 du Code civil la possibilité pour le débiteur de la créance cédée d'invoquer à l'encontre du cessionnaire la compensation des créances acquises contre le cédant avant la notification de la cession, indépendamment du fait qu'elles soient devenues exigibles après celle-ci. Cette disposition s'explique par une volonté de protéger le débiteur contre le risque d'aggravation de sa situation. Cependant, elle ne garantit pas non plus une protection absolue du débiteur contre le risque de perte de la possibilité d'invoquer la compensation. De plus, comme nous aurons l'occasion de le montrer, ce texte ne concernerait pas les créances dites « connexes » au sens du droit français. La protection du débiteur se révélerait donc incomplète¹⁰⁷⁸.

397. Le deuxième exemple concerne le risque pour le débiteur de perdre la possibilité d'invoquer une contre-lettre en sa faveur. Ni le législateur français ni le législateur colombien ne remet en question la validité de la simulation¹⁰⁷⁹. Les parties contractantes peuvent s'entendre secrètement, par le biais d'une contre-lettre, et cela afin de modifier les termes de la convention apparente conclue entre elles. Compte tenu de la légitimité de cette pratique, la question se pose de savoir si le débiteur d'une créance cédée peut se prévaloir, à l'encontre du cessionnaire, des modifications apportées à la créance par le biais de la convention secrète signée avec le créancier originaire avant que la cession lui soit devenue opposable, ou si, une telle possibilité lui est refusée.

Si cette question n'a été approfondie ni par la doctrine ni par la jurisprudence, certains auteurs se sont néanmoins intéressés à ce sujet, et quelques décisions jurisprudentielles témoignent qu'il ne s'agit pas d'une hypothèse d'école. Au fond, la question qui se pose est la suivante : le

¹⁰⁷⁷ V. *infra* n° 528 et s.

¹⁰⁷⁸ V. *infra* n° 526 et s.

¹⁰⁷⁹ En droit français : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. I., *L'acte juridique*, 15^e ed., Sirey, 2012, n° 385, p. 390 : « Pour les raisons que l'on vient de dire, le principe est l'efficacité de la contre-lettre, l'inefficacité de l'acte apparent : suivant une expression traditionnelle, la simulation n'est pas, par elle-même, une cause de nullité » ; J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, *op. cit.*, n° 876, p. 934 : « Cette solution est une simple application de l'article 1134 du Code civil. L'article 1321 du Code civil suppose d'ailleurs la validité de la contre-lettre, et, du même coup, de l'ensemble constitué par celle-ci et l'acte apparent » ; Ch. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil*, t. III, *Les obligations, Le contrat*, 8^e éd., *op. cit.*, n° 764, p. 895 : « Le législateur n'a pas cru devoir prohiber la simulation d'une façon générale, puisqu'elle n'est pas nécessairement frauduleuse. Non seulement le principe d'une telle prohibition n'est pas édicté par la loi, mais encore la jurisprudence a plusieurs fois affirmé que la simulation n'est pas en elle-même une cause de nullité du contrat ».

cessionnaire est-il un tiers au sens de l'ancien article 1321 du Code civil français et de l'article 1766 du Code civil colombien relatifs aux effets des contre-lettres à l'égard des parties et des tiers ? Dans l'affirmative, le débiteur perdrait la possibilité d'invoquer la contre-lettre à l'encontre du cessionnaire, laquelle aurait pu lui être plus favorable que l'acte ostensible. L'aggravation de la situation du débiteur serait donc indéniable.

La situation reste inchangée avec l'ordonnance du 10 février 2016. En effet, le nouvel article 1201 du Code civil reprend désormais l'ancien article 1321 mentionné ci-dessus en ce sens que l'acte apparent qui dissimule un contrat occulte n'est pas opposable aux tiers, tout en précisant, conformément à ce qui était admis par la jurisprudence, que les tiers peuvent néanmoins s'en prévaloir.

398. Le troisième exemple concerne le sort de la clause compromissoire. La question se pose de savoir si le débiteur d'une créance cédée peut se prévaloir à l'encontre du cessionnaire d'une clause d'arbitrage stipulée avec le cédant ou si, en revanche, il perd une telle possibilité. Aujourd'hui, la doctrine majoritaire et la jurisprudence, tant en France qu'en Colombie, répondent positivement ; le principal argument invoqué en faveur de cette position étant le caractère accessoire de la clause compromissoire¹⁰⁸⁰. Quelques auteurs en droit français se prononcent cependant contre une telle solution¹⁰⁸¹. D'autres, tout en admettant que la clause compromissoire s'impose au cessionnaire, remettent en question le fondement classique du caractère accessoire¹⁰⁸². De même, il convient de remarquer qu'au sein de certains systèmes juridiques, tantôt la jurisprudence, tantôt la doctrine,

¹⁰⁸⁰ En ce qui concerne le droit français : Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op.cit.*, n° 1421, p. 804 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation, op.cit.*, n° 367, p. 363 ; E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes, op.cit.*, n° 556, p. 341, note 176 ; X. PRADEL, « Cession de créance et transfert de la clause compromissoire », *D.* 2003, p. 569. ; Th. CLAY, « Qui arrêtera la circulation de la clause compromissoire », *D.* 2003, p. 2471. En ce qui concerne le droit colombien : J.-E. GÓMEZ LONDOÑO, « Intervención de terceros en el arbitraje nacional colombiano a la luz de las experiencias del arbitraje comercial internacional », *Revista de derecho privado*, Universidad de los Andes, facultad de derecho, n° 49, enero-junio 2013, spéc. 9, p. 28 qui se réfère pourtant à la transmission de la clause compromissoire dans le cas de la cession du contrat. Il convient de souligner que le législateur colombien a prévu expressément que la clause compromissoire s'impose au cessionnaire : en ce sens l'alinéa 2 de l'article 5 de la Ley n° 1563, 12 juillet 2012.

¹⁰⁸¹ J. MOURY, « Réflexions sur la transmission des clauses de compétence dans les chaînes de contrats translatifs », *D.* 2002, p. 2744, spéc. n° 6 : « Il est encore permis de mentionner, au rang d'interrogations, que la transmission de la convention d'arbitrage avec celle d'une créance née du contrat la stipulant, à titre d'accessoire de cette dernière, n'est pas aisément conciliable, prima facie, avec le principe de l'autonomie de la clause compromissoire ».

¹⁰⁸² N. PELLETIER, « Précisions sur le sort d'actions engagées par le cédant d'une créance préalablement à la cession », note sous Cass. civ. 1^{re}, 22 sept. 2011, n° 09-16198, *LPA* 2014, 74, p. 6 ; M. BOLLEE, « La circulation de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats translatifs de propriété » note sous Cass. civ. 1^{re}, 27 mars 2007 », *D.* 2007, p. 2079 ; Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance, op.cit.*, n° 44, p. 30 ; C. GOLHEN, « L'assujettissement d'un tiers à une clause attributive de juridiction », *Procédures*, 1^{re} part., 2008, étude n° 5, spéc. 30 : « Lorsque le tiers tient son droit d'action d'une partie au contrat qui contient la clause attributive de juridiction, comme dans l'action oblique, ou dans les hypothèses où il succède aux droits et obligations d'une partie, la clause lui est applicable sans qu'il importe son consentement, simplement parce qu'elle a modelé le droit d'action qui est exercé. L'analyse est nécessairement différente lorsque le droit d'action invoqué est propre au tiers » ; Ph. THERY, « Transmission de la clause compromissoire : accessoires en cascade », *RTD civ.* 2008, p. 541.

remettent en question la règle de la transmissibilité automatique de la clause compromissoire¹⁰⁸³. Cette incertitude autour du bien fondé du caractère contraignant de la clause compromissoire à l'égard du cessionnaire et de son fondement risque de déjouer les prévisions du débiteur : elle met effectivement en péril le maintien de la possibilité en sa faveur de se prévaloir de la clause d'arbitrage stipulée avec son créancier originaire.

399. Le quatrième exemple est relatif à l'exception dite d'« *inexécution* ». La question est celle de savoir si le débiteur d'une créance issue d'un contrat synallagmatique peut opposer au cessionnaire l'exception d'inexécution qu'il aurait pu opposer au cédant si la cession n'avait pas eu lieu et, le cas échéant, les conditions pour se prévaloir d'un tel moyen de défense. La question est délicate et le débat est loin d'être clos.

Concernant le droit français, la doctrine est divisée. Certains auteurs affirment, au nom de la promotion du commerce des créances et de la sécurité du cessionnaire, que le débiteur ne devrait pouvoir opposer au cessionnaire une telle exception que si celle-ci était née avant la signification ou son acceptation de la cession¹⁰⁸⁴. D'autres considèrent, en revanche, que le débiteur pourrait s'en prévaloir même si une telle exception a son origine dans un fait postérieur à la signification de la cession ou à son acceptation. Cependant, parmi ceux qui défendent la possibilité d'invoquer une telle exception, les arguments avancés sont différents : pour les uns, l'exception d'inexécution serait une exception inhérente à la dette et son opposabilité s'expliquerait par la force obligatoire du contrat¹⁰⁸⁵ ; pour les autres, elle se justifierait par la primauté accordée à la fonction de garantie de l'exception d'inexécution plutôt qu'aux droits acquis par le cessionnaire¹⁰⁸⁶. Nous reviendrons sur chacune de ces conceptions¹⁰⁸⁷. À ce stade de l'étude, il est cependant important de souligner que l'efficacité de la protection du débiteur dépendra de la réponse donnée à cette interrogation.

¹⁰⁸³ Voir à ce propos : J. CORDOVA-SCHAEFER, « La vinculación del convenio arbitral en los contratos de cesión o de la mal llamada transmisión de la cláusula arbitral », *Actualidad jurídica*, novembre, n° 240, spéc. p. 86, où l'auteur souligne que la Cour Italienne a refusé parfois la transmission de la clause d'arbitrage ; tout comme certaines cours aux Etats-Unis : <http://www.academia.edu> (consulté le 7 avril 2016).

¹⁰⁸⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, op. cit., n° 374, p. 371-372 ; A. -S. BARTEZ note sous Cass. com. 12 janv. 2010, n° 08-22000, *JCP G* 2010, 516, n° 27 et s. Certains auteurs précisent que l'exception devrait naître avant la cession même si les effets se manifestent après les formalités de l'article 1690 du Code civil alors applicable à la cession de créance : C. LE GALLOU, « Cession de créance : apparition postérieure des exceptions, mais naissance antérieure ! », *RLDC* mars 2010, n° 69, p. 14 : « Si le débiteur peut donc invoquer l'exception d'inexécution, il demeure, en pratique, nécessaire pour lui d'établir que l'exception était inhérente à la dette, ou plus généralement que le fait générateur était antérieur. En pratique, cette difficulté probatoire exige que le débiteur se ménage des preuves en ce sens avant même que la cession soit envisagée ».

¹⁰⁸⁵ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op.cit., n° 1422, p. 804 ; E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op. cit., n° 704, p. 429 ; J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations, Régime général*, 4^e éd., n° 488, p. 477 ; L. LEVENEUR note sous Cass. com. 12 janv. 2010, n° 08-22000, *Bull. civ. IV*, n° 2, *CCC*, avril. 2010, n° 4, comm. 87 ; B. FAGES obs. sous Cass. com. 12 janv. 2010, n° 08-22000, *Bull. civ. IV*, n° 2, *RTD civ.* 2010, 106.

¹⁰⁸⁶ Y.-M. LAITHIER, « La consécration d'une opinion doctrinale : l'opposabilité des exceptions inhérentes à la créance cédée », *RDC* 2010, n° 3, p. 834.

¹⁰⁸⁷ V. *infra* n° 520, 525.

On pourrait nous rétorquer qu'en raison de la récente réforme en droit français touchant au régime général des obligations, le débat autour de l'opposabilité de l'exception d'inexécution au cessionnaire perd beaucoup d'intérêt. En effet, l'article 1324, alinéa 2 issu de l'ordonnance du 10 février 2016 reconnaît expressément la possibilité pour le débiteur d'opposer l'exception d'inexécution à titre d'exception inhérente à la dette. Ce serait toutefois négliger la nécessité de déterminer si la qualification de l'exception d'inexécution d'« exception inhérente » à la dette se révèle pertinente. En outre, il conviendrait d'établir si, pour le législateur, l'exception d'inexécution doit toujours être considérée comme étant une exception inhérente à la dette ou si, en revanche, il existe des hypothèses dans lesquelles elle ne mérite pas une telle qualification¹⁰⁸⁸. Enfin, les éclaircissements apportés à cette question posée en droit français seront très utiles pour le droit colombien où ce sujet ne fait pas l'objet d'un débat très nourri.

De fait, en droit colombien, la plupart des auteurs ne se prononcent pas expressément sur ce point. Cependant, il semble qu'ils admettent la possibilité pour le débiteur d'opposer une telle exception en estimant, et ce sans faire aucune réserve, que le débiteur peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant si la cession n'avait pas eu lieu. L'exception d'inexécution ne dérogerait donc pas à la règle. La justification d'une telle opposabilité résiderait dans le principe de non aggravation de la situation du débiteur du fait de la cession¹⁰⁸⁹. Parmi ceux qui se prononcent expressément sur ce point, quelques-uns sont d'avis que le débiteur puisse opposer au cessionnaire l'exception d'inexécution, et cela indépendamment de son caractère personnel. Le besoin de protection du débiteur justifierait donc le sacrifice des intérêts du cessionnaire¹⁰⁹⁰. En revanche, d'autres auteurs semblent refuser la possibilité pour le débiteur d'opposer l'exception d'inexécution au cessionnaire. La raison de cette position serait le caractère personnel d'une telle exception¹⁰⁹¹.

¹⁰⁸⁸ En effet, rappelons que certains auteurs considèrent que l'exception d'inexécution ne serait inhérente à la dette que dans les hypothèses où le fait générateur, l'inexécution de son obligation de la part du cédant, était antérieur à l'opposabilité de la cession au débiteur : C. LE GALLOU, « Cession de créance : apparition postérieure des exceptions, mais naissance antérieure ! », art. préc. Rapp. X. DELPECH, obs. sous Cass. com. 10 janv. 2012, *D.* 2010, 266 qui affirme que c'est parce que le manquement du créancier originaire à ses obligations légales en tant que bailleur existait déjà au moment de la cession qu'il est possible de justifier le caractère antérieur à la cession du droit du débiteur ; A.-S. BARTHEZ, obs. sous Cass. com. 12 janv. 2010, *JCP* 2010, n° 18, 972.

¹⁰⁸⁹ A. TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones, El acto o negocio jurídico y otras fuentes de obligaciones*, op. cit., n° 294, p. 499 s.; C. GÓMEZ ESTRADA, *De los principales contratos civiles*, op. cit., n° 135, p. 168 et s.

¹⁰⁹⁰ J. SUESCÚN MELO, *Derecho privado*, t. II, *Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, op. cit., n° 2, p. 551 s.

¹⁰⁹¹ F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones, Concepto, Estructura, Vicisitudes*, I, op. cit., nos 344 et 346, p. 442 et s. qui souligne que les exceptions personnelles sont celles qui ne peuvent être invoquées qu'entre le débiteur et le cédant et qui disparaissent avec le transfert de la créance. De même, cet auteur affirme que l'exception d'inexécution aurait le caractère d'exception personnelle. Cela laisserait donc entendre que l'exception d'inexécution ne pourrait être invoquée contre le cessionnaire de la créance.

400. Les observations précédentes font apparaître que la cession de créance peut aggraver la situation du débiteur. Celui-ci s'expose à la perte des moyens de défense qu'il aurait pu certainement invoquer contre le cédant si la cession n'avait pas eu lieu. Une aggravation de sa situation peut également se produire en conséquence de la modification des conditions d'exécution de la prestation que la cession de créance peut entraîner.

B- Le risque de modification des conditions d'exécution de la prestation due

401. Le fait que le débiteur reste tenu à l'exécution de la prestation à laquelle il était tenu envers le cédant ne signifie pas que la cession soit neutre quant aux conditions dans lesquelles il devra exécuter ladite prestation. Rappelons ainsi, tout d'abord, que la cession de créance peut exposer le débiteur à réaliser un paiement non libératoire (1). De plus, le débiteur est passible du paiement de frais supplémentaires (2) et dans le cas particulier d'une cession partielle de la créance, il encourt le risque de poursuites multiples et de décisions contradictoires (3). Enfin, concernant la cession d'une créance litigieuse, le débiteur peut subir quelques désagréments d'un point de vue processuel (4).

1- Réalisation d'un paiement non libératoire

402. Le changement de créancier opéré par la cession expose le débiteur au risque d'exécuter la prestation due au profit d'un autre que le véritable titulaire. Il est vrai qu'un tel paiement peut être libératoire dans certaines hypothèses et, par conséquent, il sera alors difficile d'affirmer que la cession aggrave la situation du débiteur¹⁰⁹². Cela n'est cependant pas toujours le cas. Les hypothèses dans lesquelles le débiteur sera contraint de réaliser un double paiement avec le risque de se retrouver face à un *accipiens* insolvable au moment d'exercer son action en répétition de l'indu sont bien réelles. Afin de mieux comprendre cette problématique, quelques remarques doivent être faites à propos du paiement de l'indu.

¹⁰⁹² B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, *op. cit.*, n° 181-2, p. 54 qui signale que le débiteur s'expose au risque de s'acquitter deux fois de la même dette en raison de l'extrême complexité des règles organisant la concurrence des droits sur la créance cédée.

403. Tant en droit français qu'en droit colombien, la doctrine et la jurisprudence distinguent le paiement de l'indu objectif et le paiement de l'indu subjectif¹⁰⁹³. Cette distinction trouve son origine dans les dispositions relatives à l'indu dans nos législations civiles¹⁰⁹⁴.

Dans le cas du paiement de l'indu dit « subjectif » ou « relatif », on part du postulat de l'existence de la dette. Cependant deux situations différentes peuvent être envisagées : soit le paiement n'a pas été réalisé entre les mains du véritable créancier, soit le paiement a été fait par un autre que le débiteur. Autrement dit, malgré l'existence d'un rapport d'obligation, la prestation a été exécutée au profit d'un autre que le titulaire de la créance ou elle a été exécutée par un autre que le débiteur de la créance¹⁰⁹⁵.

En revanche, dans le cas du paiement de l'indu « objectif » ou « absolu », le paiement a porté sur une dette inexistante. Trois hypothèses doivent être distinguées : la dette n'a jamais existé, même en apparence ; la dette n'existe plus ; le titre du créancier a été résolu ou annulé¹⁰⁹⁶.

404. Cette distinction entre les paiements de l'indu subjectif et objectif étant rappelée, il apparaît clairement que le débiteur d'une créance cédée s'expose à réaliser le paiement dans les mains d'un autre que le véritable titulaire de la créance. Nous serions donc en présence de l'une des hypothèses de paiement d'un indu subjectif. C'est le risque encouru par le débiteur en raison du changement de créancier opéré par la cession. Plusieurs remarques s'imposent ici afin de mieux comprendre les hypothèses précises de réalisation du risque de paiement de l'indu par le débiteur d'une créance cédée.

¹⁰⁹³ En ce qui concerne le droit français : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. II, *Le fait juridique*, 14^e éd., Sirey, 2001, n° 21 et s., p. 24 et s. ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Régime général*, *op. cit.*, n° 277, p. 122 ; B. FAGES, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 462, p. 393-394 s ; A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations, op. cit.*, n°s 92 et 93, p. 133-136 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes, op. cit.*, n° 795 s., p. 824 s. En ce qui concerne le droit colombien : Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 23 avril 2003, Exp. : 7651, M. R. : Silvio F. Trejos Bueno.

¹⁰⁹⁴ Il est important de signaler qu'en droit colombien, le législateur traite du paiement de l'indu dans un chapitre spécial à l'intérieur d'un titre concernant les quasi-contrats (art. 2313-2321 du Code civil). En ce qui concerne le droit français, il faut distinguer avant et après la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. En effet, dans les dispositions originaires du Code civil, le législateur n'a fait référence au paiement de l'indu que de manière incidente dans le cadre de dispositions relatives au paiement en tant que mode d'extinction des obligations (ancien article 1235 du Code civil). En revanche, l'ordonnance du 10 février 2016 traite du paiement de l'indu dans un chapitre séparé faisant partie d'un sous-titre dédié aux « autres sources d'obligations » (art. 1302-1302-3). Voir d'une manière générale à propos des textes sur le paiement de l'indu dans l'ordonnance du 10 février 2016 : O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, art. 1302, p. 545 s.

¹⁰⁹⁵ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes, op. cit.*, n° 801, p. 833 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Droit civil, Les obligations*, t. II, *Le régime, op. cit.*, n° 229 s., p. 202 s.

¹⁰⁹⁶ G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *ibidem*, n° 233 s., p. 205 s ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *ibidem*, n° 798 s., p. 826 s.

405. En ce qui concerne le risque du paiement de l'indu subjectif, et pour s'en tenir à quelques exemples significatifs, on mentionnera d'abord le cas dans lequel le débiteur de la créance cédée, tout en sachant que le contrat de cession conclu entre le cédant et le cessionnaire est entaché d'une cause de nullité et sans qu'une telle nullité ait été déclarée par l'autorité compétente, paie le cessionnaire conformément à la notification ou à la signification reçue. Pourrait-on reprocher au débiteur d'avoir réalisé le paiement dans les mains du cessionnaire nonobstant la connaissance de la cause de nullité ? Une réponse affirmative conduirait à admettre qu'en se libérant entre les mains du cessionnaire, le débiteur n'a pas agi de bonne foi. Rien n'empêcherait donc de conclure au caractère non libératoire du paiement réalisé par le débiteur. Nous pourrions nous demander si la réponse doit être différente dans le cas où le paiement du débiteur au cessionnaire aurait lieu alors qu'une procédure serait en cours, ayant pour objet la nullité de la cession dont le débiteur a connaissance. Autrement dit, la connaissance de la part du débiteur du risque d'annulation de la cession aurait-elle une incidence sur la validité du paiement réalisé par le débiteur ? La jurisprudence française a eu l'occasion d'aborder cette question, ce qui montre bien qu'il ne s'agit pas d'une hypothèse d'école. Tout paraît indiquer que pour la Haute juridiction judiciaire, la connaissance du risque d'annulation de la cession serait une cause d'invalidité du paiement réalisé par le débiteur de la créance cédée¹⁰⁹⁷.

Dans le même sens, nous pouvons évoquer le cas de la double mobilisation d'une créance. Différentes hypothèses peuvent être envisagées en fonction du type de cession. À titre d'exemple, il est intéressant de mentionner le risque pour le débiteur de réaliser un paiement non libératoire dans le cas des cessions dites « occultes », comme c'est le cas de la cession Dailly. Aussi, on peut se demander si le débiteur qui reçoit deux notifications de deux cessionnaires différents invoquant un droit sur la même créance est tenu de chercher lequel d'entre eux dispose du titre le plus ancien avant de réaliser le paiement, ou si, en revanche, il suffit qu'il paie le cessionnaire ayant notifié le premier¹⁰⁹⁸ ? Le droit français et le droit colombien ne semblent pas apporter la même réponse. Il ne s'agit pas ici d'entrer dans le détail de ces solutions (que nous étudierons dans la section suivante)¹⁰⁹⁹, mais simplement de signaler que le danger pour le débiteur de se voir contraint de réaliser un double paiement est bien réel et, par conséquent, il nous semble que le caractère neutre de la cession devrait, à nouveau, être remis en question.

¹⁰⁹⁷ À propos de cette question : A. HONTEBEYRIE, « Du risque de double-paiement couru par le débiteur cédé en cas d'annulation de la cession de créance », *D.* 2012, 1107 ; C. GOYET, « Double mobilisation d'une créance par bordereau Dailly et billet à ordre », *D.* 1998, p. 620.

¹⁰⁹⁸ Voir à propos de la question : R. BONHOMME, *Instruments de crédit et de paiement*, *op. cit.*, n° 272, p. 231 s ; D. LEGEAIS, *Traité, Opérations de crédit*, LexisNexis, 2015, n° 924, p. 512 ; F. KUASSI DECKON, « La notification de la cession de créances professionnelles », art. préc., spéc. p. 667 : « Par extension, lorsque le débiteur cédé a reçu deux notifications pour une même créance, il doit en payer le montant à l'établissement de crédit dont le titre est le plus ancien ou le premier en date ».

¹⁰⁹⁹ V. *infra* n° 563.

De plus, toujours à propos du risque pour un débiteur de se libérer entre les mains d'un autre que le véritable titulaire de la créance, il convient de s'interroger, dans le cadre de la cession d'une créance issue d'une obligation solidaire passive, sur le sort d'un paiement fait par l'un des débiteurs solidaires entre les mains du cédant, alors qu'une signification ou une notification est intervenue précédemment auprès d'un autre des débiteurs solidaires. Un tel paiement serait-il libératoire ? Rappelons que l'obligation solidaire passive est une obligation caractérisée par une pluralité de débiteurs qui sont tenus d'une même dette, ce qui signifie que le créancier peut demander à chacun d'eux le paiement de la totalité de celle-ci. Cette analyse est partagée, d'une manière générale, en droit français¹¹⁰⁰ comme en droit colombien¹¹⁰¹. Des dispositions spéciales sont prévues à ce propos dans les Codes civils français¹¹⁰² et colombien¹¹⁰³.

La question se pose puisque même si la doctrine ne se prononce pas expressément à propos de l'hypothèse envisagée, certains auteurs en droit français n'hésitent pas à souligner que la signification faite à l'un des codébiteurs solidaires suffit à rendre la cession opposable aux autres, en raison de la représentation mutuelle qui existerait entre eux¹¹⁰⁴. Un arrêt ancien de la Cour d'appel de Rouen semble conforter cette position¹¹⁰⁵ et la Cour suprême de justice colombienne s'est prononcée dans le même sens¹¹⁰⁶. En outre, et indépendamment du fondement invoqué -celui de la représentation mutuelle ne faisant pas l'unanimité-¹¹⁰⁷, la doctrine majoritaire ne remet pas en question l'extension à

¹¹⁰⁰ B. FAGES, *Droit des obligations*, op. cit., n° 486, p. 415 s ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations, Théorie générale*, op. cit., n° 1063, p. 1109 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, op. cit., n° 1260, p. 2494 s ; J. FLOUR J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil*, t. III, *Les obligations, Le rapport d'obligation*, op. cit., n° 330, p. 330 s ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Cours de droit civil, Obligations, Régime*, op. cit., n° 18, p. 60.

¹¹⁰¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 12 août 2003, Exp. 7304, M. R.: Carlos Ignacio Jaramillo; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil, 9 février 2011, Exp. 11001-3103-013-2001-00900-01, M. R.: Edgardo Villamil Portilla.

¹¹⁰² Avant la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 la solidarité était traitée par les articles 1197 à 1216 du Code civil. Après cette ordonnance, la solidarité est traitée aux nouveaux articles 1310 à 1319 du Code civil.

¹¹⁰³ Les règles de droit commun sur la solidarité sont prévues aux articles 1568 à 1580 du Code civil. Des dispositions spéciales sont prévues dans le Code de commerce.

¹¹⁰⁴ C. OPHELE, *Rep. civ.*, 2008 (maj. avril 2016), V° « Cession de créance », spéc. n° 147 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations, Théorie générale*, op. cit., n° 1063, p. 1111 ; E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op. cit., n° 328, p. 196. Voir dans le même sens : AUBRY et RAU, *Droit civil français*, t. V, 6^e éd., par P. Esmein, op. cit., § 359 bis, p. 144 : « En cas de cession d'une créance due par plusieurs débiteurs solidaires, la signification faite à l'un d'eux, ou son acceptation, opère saisie en faveur du cessionnaire, sous cette restriction toutefois, que les paiements effectués de bonne foi par les autres débiteurs, entre les mains soit du cédant soit d'un second cessionnaire, devraient être maintenus ». Voir d'une manière générale en faveur de la thèse selon laquelle la signification d'un acte à l'un des codébiteurs solidaires vaut à l'égard des autres : A.-S. BARTHEZ, note sous Cass. civ. 1^{re}, 4 mars 2003, *D.* 2003, p. 3041, spéc. n° 5 et s.

¹¹⁰⁵ CA Rouen, 15 juin 1847, *S.* 1849. 2. 26, *DP* 1849. 2. 241

¹¹⁰⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 11 juillet 1921, *GJ* XXIX, p. 4-5, M.R. : José M. Arango.

¹¹⁰⁷ Voir à propos d'une telle discussion : J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations, Régime général*, 4^e éd., op. cit., n° 298 et s., p. 283 et s. ; D. VEAUX et P. VEAUX-FOURNERIE, « La représentation mutuelle des coobligés », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec 1983, p. 547 s. qui affirment que la représentation mutuelle des coobligés n'est pas seulement contestable dans son fondement légal, mais aussi fort imprécise dans son étendue (art. préc., p. 557-558). Pour l'acceptation de l'idée d'une représentation mutuelle mais seulement dans certaines hypothèses : J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, op. cit., n° 257, p. 270 s ; M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, Préf. E. Loquin, Dalloz, 2002, n° 246 s, p. 197 : « Les effets secondaires de la solidarité reposent sur une projection sur un plan ou sur un autre de l'unité d'objet qui forme la caractéristique classique de l'obligation solidaire. Par-delà les motifs invoqués au premier plan par la loi, la jurisprudence ou la doctrine, cette caractéristique sert de fondement à tous les effets secondaires de la solidarité. L'idem debitum impose que la situation juridique des cocréanciers ou des codébiteurs solidaires soit unifiée. Tous les effets secondaires de la solidarité sont en conséquence hérités de l'obligation collective du droit romain mais non d'une quelconque représentation réciproque » ; A.

l'ensemble des codébiteurs solidaires de certains actes accomplis à l'encontre d'un seul d'entre eux, tels que la mise en demeure¹¹⁰⁸, les notifications¹¹⁰⁹, ainsi que celle des effets du jugement obtenu par le créancier à l'encontre d'un seul d'entre eux¹¹¹⁰. Ainsi, la position selon laquelle la signification faite à l'un des codébiteurs solidaires suffirait à rendre la cession opposable à tous ne semble pas aussi surprenante que l'on pourrait *a priori* le penser. La question du sort du paiement réalisé par l'un des codébiteurs solidaires entre les mains du cédant alors que le cessionnaire a déjà signifié ou notifié la cession à un autre codébiteur solidaire n'est donc pas dénuée d'intérêt. De la réponse donnée dépendra l'aggravation ou non de la situation du débiteur d'une créance cédée dans l'hypothèse de l'obligation solidaire passive.

Enfin, le débiteur s'expose au risque de réaliser un paiement non libératoire dans l'hypothèse d'une cession de créance à titre de garantie. Dans ce type spécial de cession, compte tenu du caractère temporaire du transfert de propriété de la créance acquise par le cessionnaire et, par conséquent, de l'éventualité du retour de la créance dans le patrimoine du cédant, il se peut que le débiteur paie entre les mains du cessionnaire malgré l'extinction de la créance garantie. La question se pose de savoir si un tel paiement a ou non un caractère libératoire pour le débiteur. L'effectivité de la protection du débiteur dépendra finalement de la réponse apportée à la question des modalités de rétrocession de la créance dans le patrimoine du cédant une fois la dette garantie éteinte¹¹¹¹.

Il est vrai que dans toutes les hypothèses mentionnées ci-dessus, le débiteur de la créance cédée peut exercer une action en justice pour demander le remboursement auprès de celui qui a reçu le paiement sans être le véritable titulaire de la créance dont le fondement serait précisément le paiement de l'indu. Cependant, il risque de se retrouver face à un *accipiens* insolvable. La prétendue neutralité de la cession pour le débiteur de la créance cédée ne paraît donc pas pouvoir être affirmée sans conteste.

406. Nous venons de constater que la réalisation d'un paiement non libératoire est un risque important encouru par le débiteur de la créance cédée. En outre, le débiteur s'expose au danger de devoir déboursier des frais supplémentaires en conséquence de la cession.

HONTEBEYRIE, *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, Préf. L. Aynès, Economica, 2004, n° 115, p. 158 : « Pour tentant que puisse paraître le rapprochement de la solidarité avec l'obligation alternative, avec la fiducie, et plus encore avec la représentation et le cautionnement, aucune de ces institutions n'en fournit d'explication valable. Irréductible à ces institutions, l'obligation solidaire existe, autonome. Il en est ainsi de lege lata, et cet état ne peut que se perpétuer de lege ferenda » ; F. ZENATI-CASTAING ET TH. REVET, *Cours de droit civil, Obligations, Régime, op. cit.*, n° 19, p. 64s.

¹¹⁰⁸ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Cours de droit civil, Obligations, Régime, op.cit.*, n° 19, p. 63.

¹¹⁰⁹ J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations, Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 307, p. 291 et s., où l'auteur affirme que « en ce qui concerne les notifications pratiquées dans les rapports du créancier et des codébiteurs, les solutions ne sont pas uniformes ».

¹¹¹⁰ J. FLOUR J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil*, t. III, *Les obligations, Le rapport d'obligation, op. cit.*, n° 342 s, p. 338 s.

¹¹¹¹ V. *infra* n° 733 s.

2- Risque de paiement de frais supplémentaires

407. Il est acquis que le débiteur de la créance cédée reste tenu envers le cessionnaire de la même façon qu'il l'était envers le cédant. Le caractère translatif de la cession de créance est souvent invoqué pour expliquer cette situation. Cependant, le fait que le contenu de la créance reste le même ne signifie pas forcément que le débiteur soit complètement à l'abri de quelques désagréments du fait du changement de créancier. Plus précisément, un tel changement de personne peut entraîner des frais supplémentaires à la charge du débiteur. Ce risque est loin d'être marginal mais on peut relever qu'une telle question ne fait l'objet de développements importants ni en droit positif français ni en droit positif colombien. Néanmoins, la prise en compte de cet aspect par l'ordonnance du 10 février 2016 peut infirmer ce constat¹¹¹². Par ailleurs, différentes sources en droits européen et international dédiées à la cession de créance témoignent de l'actualité de la question.

408. Afin de bien cerner le risque relatif à ces coûts supplémentaires, commençons par souligner qu'il pourrait se réaliser notamment lorsque le changement de créancier entraîne un changement du lieu de paiement¹¹¹³. Une telle hypothèse peut avoir lieu dans le cas de la cession d'une créance monétaire comme dans celui de la cession d'une créance non monétaire¹¹¹⁴. Il est vrai que le risque paraît moins important dans cette première hypothèse. En effet, on peut penser que pour le débiteur, il est indifférent de réaliser un virement en faveur de son créancier originaire ou en faveur du cessionnaire. Cependant, les coûts d'une telle opération peuvent ne pas être les mêmes dans chacun des cas envisagés. De plus, les démarches administratives peuvent être plus lourdes dans un établissement bancaire plutôt que dans un autre. Encore, et même dans l'hypothèse d'une créance monétaire dont le débiteur est tenu de réaliser le paiement autrement que par virement, le risque de s'exposer au paiement de frais supplémentaires est toujours latent. Cela obéit au devoir de réaliser un paiement dans un lieu différent de celui initialement prévu avec le créancier originaire. Au fond, la question qui se pose est celle de déterminer si la cession de créance peut emporter transfert du lieu du

¹¹¹² L'alinéa 3 de l'article 1324 de l'ordonnance du 10 février 2016 traite de la question relative aux frais supplémentaires que la cession peut occasionner au débiteur. V. *infra* n° 538 s.

¹¹¹³ L. ANDREU et N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, *op.cit.*, n° 2097, p. 701-702.

¹¹¹⁴ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op.cit.*, n° 857, p. 734-735. Voir cependant les critiques à cette solution dans la mesure où cela entraînerait une modification du contenu de la créance : W. ROSCH, « La cession de créance du prix de vente entraîne le transfert du lieu de paiement à l'établissement du cessionnaire », *D.* 2000, p. 437, spéc. n° 2 : « *La cession, matière non régie par la CVIM, n'a a priori d'autre effet que de transporter la créance au cessionnaire, dans la forme telle qu'elle résulte du contrat de vente. Le cessionnaire acquérant la créance telle qu'elle est, il l'acquiert assortie de ses accessoires, des exceptions qui y sont inhérentes, et, bien sûr, de son lieu de paiement. Rappelons à cet égard une évidence : la créance étant un lien de droit relatif, existant entre le créancier (cédant) d'une part, et le débiteur (cédé) d'autre part, ce serait amputer ce lien d'un élément essentiel que de modifier le lieu d'exécution de l'obligation. Contrairement à ce que soutient le tribunal saisi, en cas de changement du lieu de paiement, le contenu même de la créance, qui se verrait décapité de son lieu d'exécution initial, se rait nécessairement affecté* ».

paiement au profit du cessionnaire et si, en cas de réponse affirmative, le débiteur doit supporter ou non les éventuels frais supplémentaires et les risques inhérents à l'opération de paiement¹¹¹⁵. Il n'est pas ici question de nous prononcer en détails sur la solution la plus adéquate pour garantir la protection du débiteur¹¹¹⁶. Cependant, il paraît d'ores et déjà important de souligner que le risque de coûts supplémentaires à la charge du débiteur de la créance cédée existe bel et bien, indépendamment du fait que le contenu de la prestation due reste inchangé.

409. De même, le débiteur pourrait être tenu de s'acquitter de frais supplémentaires dans le cas d'une cession partielle de créance¹¹¹⁷. En effet, la faculté accordée au créancier de réaliser une cession partielle de sa créance, ou même un grand nombre de cessions partielles, entraîne pour le débiteur un fractionnement du paiement avec le risque corolaire de coûts supplémentaires¹¹¹⁸.

410. Si ces hypothèses de paiement non libératoire et de coûts supplémentaires constituent des indices révélateurs d'une remise en cause de la prétendue neutralité de la cession à l'égard du débiteur, l'inconvénient relatif aux éventuelles poursuites multiples et décisions contradictoires dans l'hypothèse spéciale de la cession partielle de créance vient conforter cette idée.

3- *Risque de poursuites multiples et de décisions contradictoires, le cas d'une cession partielle de créance*

411. Sans entrer pour le moment dans le détail de la validité et des conséquences de la cession partielle d'une créance¹¹¹⁹, il convient de préciser qu'outre l'inconvénient relatif au paiement de frais supplémentaires mentionné antérieurement, ce type de cession expose le débiteur au risque de subir des poursuites multiples et de supporter des décisions contradictoires. Le droit comparé et certaines sources de droit international et de droit européen s'avèrent très utiles afin d'illustrer nos propos.

¹¹¹⁵ Voir à propos d'une telle question : W. ROSCH, « La cession de créance du prix de vente entraîne le transfert du lieu de paiement à l'établissement du cessionnaire », *D. somm.* 2000, n° 42, 437 qui souligne que le fait d'admettre que la cession emporte transfert du lieu du paiement au profit du cessionnaire affecterait le contenu de la créance par le jeu de la cession.

¹¹¹⁶ V. *infra* n° 538 s.

¹¹¹⁷ Ce type de cession présente des difficultés propres qui seront analysées lors de l'étude de la mise en œuvre de la protection du débiteur. C'est peut-être en raison de ces risques que dans certains systèmes juridiques la cession partielle requiert le consentement du débiteur de la créance cédée comme, par exemple, le droit de la Louisiane (v. en ce sens : K. -H. NEUMAYER, « La transmission des obligations en droit comparé », *La transmission des obligations*, Travaux des IX^e Journées d'études juridiques Jean Dabin, art. préc., n° 3, p. 199. C'est peut-être pour cette raison que certains systèmes juridiques interdisent la cession partielle de la créance, tel le droit anglais en matière de *common law* même si ce type de cession est admis en *equity* : M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, Préf. G. Samuel, LGDJ, 2004, n° 360, p. 224, note 312.

¹¹¹⁸ Voir notamment les Principes du droit européen du contrat, commentaires à l'article 11 : 103 et les Principes d'Unidroit, commentaires à l'article 9. 1. 8.

¹¹¹⁹ V. *infra* n° 631 et s.

412. Le risque relatif aux poursuites multiples est notamment mis en avant dans l'article 11:103 des Principes du droit européen du contrat. Il obéit au fait que la cession partielle engendre une division de la créance. En effet, au lieu de rester tenu envers un seul créancier conformément aux termes prévus dans l'acte générateur de la créance, le débiteur voit sa situation juridique modifiée car il est désormais obligé envers plusieurs créanciers, conséquence des cessions partielles réalisées par son créancier originaire. Chaque cessionnaire étant le créancier unique de la partie de la créance cédée -conformément au principe de la divisibilité de la créance¹¹²⁰-, il est libre de poursuivre le débiteur indépendamment de l'action exercée par l'autre ou les autres cessionnaire(s)partiel(s). Autrement dit, comme le reconnaissent expressément certains auteurs, les créances issues d'une cession partielle sont indépendantes¹¹²¹.

Ainsi, le débiteur s'expose au risque de devoir réorganiser ses affaires en vue de procéder à plusieurs règlements au lieu d'un seul, ce qui, outre une éventuelle augmentation de frais¹¹²², pourrait le soumettre au danger de décisions contradictoires. Selon les commentateurs de l'article 11:103 des Principes du droit européen du contrat, l'une des manières de garantir la protection du débiteur contre un tel risque réside dans le droit procédural applicable¹¹²³.

Par ailleurs, les travaux préparatoires des Principes d'UNIDROIT révèlent que la validité de la cession partielle d'une créance n'était par unanimement admise. La crainte d'aggravation de la situation du débiteur est à l'origine de la réserve exprimée par certains auteurs quant à l'opportunité de reconnaître de manière générale la validité de ce type d'opération¹¹²⁴.

¹¹²⁰ À propos des différents types d'obligations lorsqu'il y a pluralité de sujets : art. 10:201 des Principes du droit européen du contrat : (2) « *Les créances sont disjointes lorsque le débiteur ne doit à chaque créancier que la part de celui-ci et que chaque créancier ne peut réclamer que sa part* ». Cela correspond à ce qu'on dénomme dans la pratique comme « *obligation conjointe ou divisible* ». Voir à ce propos l'ancien article 1217 du Code civil français et le nouvel article 1309 issu de l'ordonnance du 10 février 2016.

¹¹²¹ E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, *op. cit.*, n° 412, p. 245.

¹¹²² J. BOSSAN, « La considération de la personne du créancier », *LPA* 2008, n° 45, p. 4, spéc. 28.

¹¹²³ En effet, les commentateurs de l'article 11:103 des Principes du droit européen du contrat précisent que « *Du point de vue du débiteur, une cession partielle présente l'inconvénient de l'exposer aux frais et inconvénients de poursuites multiples. En pratique, il est peu vraisemblable qu'un créancier fasse davantage qu'un petit nombre de cessions, mais si le débiteur est entraîné à des dépenses supplémentaires, le présent article lui accorde le droit de les récupérer sur le cédant. Egalement, le débiteur peut les compenser avec une dette du cédant, sur le fondement du chapitre 14(...)* Un risque plus vraisemblable, et à certains égards plus sérieux, se produit lorsque la créance considérée en son entier est sujette à litige, auquel cas, le débiteur, s'étant défendu dans un premier procès, sera tenu de faire face à d'autres procès, avec le risque de décisions contradictoires. La protection du débiteur dans ces hypothèses réside dans le droit de procédure applicable ».

¹¹²⁴ Voir notamment le débat autour de l'article 3 des travaux préparatoires des Principes Unidroit : Unidroit 2001, Study L-Misc. 23, Summary records of meeting held in Rome From 4 to 5 June 2001, p. 27, Source : <http://www.unidroit.org/english/documents/2001/study50/s-50-misc23-e.pdf> (consulté le 26 février 2014). Plus précisément, il faut se rapporter aux commentaires du professeur Di Majo, pour qui « *the second alternative envisaged in paragraph 2 should apply also to partial assignment of monetary obligations. Indeed even in such cases the obligation may become significantly more burdensome, for instance where the debtor has to pay a new creditor who is in a distant country* ». Il faut préciser qu'une telle alternative faisait référence à la possibilité de réaliser une cession partielle d'une créance autre que celle d'une somme d'argent sous l'accomplissement de certaines conditions : « *Partial assignment was excluded whenever it would render the obligation significantly more burdensome, while it would be possible even in cases where the obligation would become more burdensome with the only consequence that in such a case paragraph 3 would come into play* ». Voir également à propos de ce débat : W. WIEGAND et C. ZELLWEGE-GUTKNECHT, « Cession », Principes d'UNIDROIT, nouvelles évolutions et applications, supplément spécial 2005, *Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI*, p. 34 : « *De la même façon, les cessions partielles sont également autorisées expressément. Ceci présuppose*

413. Sans vouloir apporter une réponse définitive en faveur ou en défaveur de la cession partielle, soulignons le fait que les risques d'aggravation de la situation du débiteur comme conséquences de ce type de cession sont donc bel et bien réels. L'apparente neutralité de la cession de créance à l'égard du débiteur est à nouveau remise en question. Si la cession partielle d'une créance expose le débiteur à des risques spéciaux au regard de la prestation due, il en est de même de la cession d'une créance litigieuse.

4- Risques processuels, le cas d'une cession de créance litigieuse

414. La cession d'une créance litigieuse est un phénomène assez courant en droit français comme en droit colombien. Ce type de cession est à l'origine d'un nombre important d'interrogations concernant non seulement le critère déterminant pour établir le caractère litigieux d'une créance, mais surtout le régime applicable à ce type d'opération.

Concernant le premier aspect, les doctrines française et colombienne sont divisées : certains auteurs affirment que l'on est en présence d'une créance litigieuse dès qu'il existe un procès ayant pour objet la créance en question avant la date de la cession¹¹²⁵, alors que d'autres soutiennent que l'éventualité d'un litige portant sur une créance suffit à lui accorder le caractère litigieux¹¹²⁶. A cet égard, signalons que la jurisprudence admet plutôt que l'éventualité d'un litige portant sur une créance est suffisant pour lui reconnaître le caractère litigieux¹¹²⁷. En d'autres termes, une cession ayant pour objet une créance susceptible de litige entrerait dans la catégorie des cessions de créance litigieuses¹¹²⁸. Quant à la conception restrictive selon laquelle le caractère litigieux de la créance serait conditionné à l'existence d'un procès, celle-ci prévaut lorsqu'il est question d'appliquer les règles concernant le retrait

bien entendu que la créance soit divisible. De longues discussions ont eu lieu au sein du groupe de travail sur le point de savoir si une créance pouvait ou non être cédée partiellement. Le Groupe de travail était bien entendu conscient que la division d'une créance pourrait rendre l'obligation significativement plus lourde pour le débiteur et devait donc dans certaines conditions ne pas être considérée comme valable ».

¹¹²⁵ En ce qui concerne le droit français : B. FAGES, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 552, p. 462 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil*, t. III, *Les obligations, Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, n° 359, p. 354 ; Y. STRICKLER, *J.-Cl. Civil Code*, V° « Transport des créances et autres droits incorporels », art. 1699 à 1701 ; J. BOSSAN, « La considération de la personne du créancier », art. préc., n° 30 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Cours de droit civil, Obligations, Régime*, *op. cit.*, n° 142, p. 260. Dans le même sens quoique d'une manière moins nette : F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1296, p. 1341.B. ; H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil*, t. III, *Les obligations, Régime général*, *op. cit.*, n° 56, p. 27. En ce qui concerne le droit colombien : H. D. VELASQUEZ GOMEZ, *Estudio sobre obligaciones*, *op. cit.*, n° 538, p. 1022.

¹¹²⁶ En ce qui concerne le droit français : E. SAVAUX, *Rép. civ.*, 2015, V° « Cession de droits litigieux », spéc. n° 36 ; POTHIER, *Traité du contrat de vente*, Debures, 1765, n° 583.

¹¹²⁷ En droit français : Req. 11 févr. 1851, *DP* 1851. 1. 242.

¹¹²⁸ Nous reviendrons sur ce point lors de l'étude de l'objet de la cession, plus précisément des créances pouvant être objets de transfert : V. *infra* n° 609.

litigieux¹¹²⁹, bénéfice reconnu en faveur du débiteur afin de lui permettre de se substituer au cessionnaire en lui remboursant le prix effectif de la cession¹¹³⁰.

Quant au second aspect, étant donné que la cession d'une créance litigieuse entraîne des risques importants pour le débiteur, il s'est avéré opportun de prévoir quelques règles tendant à le protéger. La question reste de déterminer les dispositions les plus pertinentes et efficaces pour garantir une telle protection. Le législateur colombien a notamment consacré plusieurs dispositions relatives à la « succession processuelle »¹¹³¹. L'idée est de protéger le débiteur de la créance cédée, s'il obtient gain de cause, du risque de perdre la possibilité de se faire rembourser le montant des dépenses, frais et condamnations liés à la perte du procès, lorsque le cessionnaire est une personne insolvable par exemple¹¹³². En outre, les législateurs français et colombiens semblent tout deux reconnaître, bien qu'implicitement, que le débiteur d'une créance litigieuse s'expose au danger de se retrouver face à un créancier puissant et influent qui pourrait profiter de son statut pour se servir de pratiques vexatoires comme moyen de pression¹¹³³.

La crainte d'une telle menace explique l'interdiction, à l'époque de Justinien, pour une personne plus puissante que le cédant d'acquérir la créance. L'objectif était de ne pas occasionner une préoccupation excessive du débiteur¹¹³⁴. Cette remarque se révèle importante puisque l'interdiction de

¹¹²⁹ En droit français : E. SAVAUX, *Rép. civ.*, 2015, V° « Cession de droits litigieux », spéc. n° 36 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, op. cit., n° 296, p. 315 ; TROPLOG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. De la vente*, t. I, 3^e éd., Paris, Hingray, 1837, n° 200, p. 276. D'une manière implicite : A. BENABENT, *Droit des obligations*, op. cit., n° 703, p. 544.

¹¹³⁰ Pour une analyse approfondie du bénéfice du retrait litigieux, V. *infra* n° 550 s.

¹¹³¹ La succession processuelle fait référence, d'une manière générale, au phénomène par lequel une personne prend la place d'une autre au cours d'un procès. Il s'agit d'un mécanisme réglementé expressément en droit colombien (voir l'article 68 du Code général du procès). Nous reviendrons sur cet aspect lors de l'étude de la mise en œuvre de la protection, et plus précisément lors de l'analyse de la nécessité du consentement du débiteur pour que le cessionnaire prenne la place du cédant dans le cadre du procès.

¹¹³² H. MORALES MORALES, *Curso de derecho procesal civil, parte general*, Editorial ABC, 1991, p. 247.

¹¹³³ D'une manière implicite en ce sens : R. LIBCHABER, « Les embarras du retrait litigieux : suite, mais pas fin », *RDC* 2015, n° 2, p. 260, spéc. n° 1 : « *Si l'on pose la question, c'est parce que le ressort du retrait litigieux se modifie brusquement quand on passe d'une hypothèse à l'autre. Ce qui le justifie dans le cas des créances, c'est depuis toujours le caractère immoral de ces « odieux marchés », où les cessionnaires « parvenaient à traîner en longueur les contestations engagées dans les tribunaux, pour fatiguer les plaideurs et obtenir à vil prix la cession de leurs droits. Ils poursuivaient ensuite leurs parties adverses avec la plus extrême rigueur ». Ce que l'on peut craindre en l'occurrence, c'est qu'un cessionnaire n'acquière à bon compte une créance avant de poursuivre le débiteur avec férocité pour lui en faire régler la valeur faciale, de sorte à maximiser l'écart entre le prix d'achat et le montant du paiement* » (nous soulignons).

De même et en ce qui concerne la mise en avant du risque pour le débiteur de se retrouver face à un cessionnaire plus agressif au cours de la procédure : Cass. com. 9 oct. 2012, n° 11-21.528, *JurisData* n° 2012-022670 ; *JCP E*, 2012, n° 44, 1654, note P. Mousseron : « *Si le cédant initial pourra regretter que le recours à la cession de créance dispense d'obtenir son consentement même de façon anticipée, les effets de cette technique lui offriront quelques consolations. D'abord, aucune obligation du cessionnaire initial ne devra disparaître du fait de la cession opérée. S'agissant des droits cédés, le cédant initial pourra continuer à opposer au cessionnaire de la créance les exceptions qu'il aurait pu opposer au cessionnaire initial. Ensuite, les modalités et la procédure de mise en œuvre de la garantie devront rester celles de la garantie et ce compris les clauses attributives de compétence ou les clauses compromissoires (dans ce sens, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations : Précis Dalloz*, 10^e éd., n° 1290). Enfin, le cédant initial aura la faculté de neutraliser cette cession en remboursant au cessionnaire le prix de la cession dans le cadre du retrait litigieux prévu aux articles 1699 et suivants du Code civil. Cet avantage pourra notamment l'intéresser pour échapper à l'agressivité procédurale d'un cessionnaire de la créance de garantie* » (nous soulignons) ; R. MORTIER, « Consécration de la transmission de la garantie du passif au sous-acquéreur », *Droit des sociétés*, n° 1, janvier 2013, comm. 2.

¹¹³⁴ S. MONCAYO RODRIGUEZ « La cesión de créditos litigiosos *ad potentiorum* romana y su recepción en el derecho civil mexicano, <http://www.Letrasjuridicas.com/Volumenes/24/13a.pdf>, p. 9 (consulté le 17 juin 2017). Tel qu'il est signalé par l'auteur, il semble qu'une telle interdiction remonterait à une constitution d'Honorius et Teodosien : C. 2. 13. (14.) 2 : « *Si des créances ont été transférées à des personnes plus puissantes, les créanciers seront punis avec leur perte car la férocité de ceux qui achètent à d'autres leurs actions est manifeste, (année 422)* ».

céder des créances litigieuses était étroitement liée à l'interdiction de céder une créance à une personne plus puissante -*cession ad potentiorem*- : le but était de décourager le trafic antisocial des créances litigieuses de la part de personnes plus puissantes ayant une influence sur les tribunaux. Cette mesure est à l'origine de l'incapacité spéciale d'acquérir des créances litigieuses prévue pour certaines catégories de personnes¹¹³⁵. Cette même crainte est à l'origine du dispositif du bénéfice du retrait litigieux reconnu en faveur du débiteur en cas de cession d'une créance litigieuse¹¹³⁶.

415. Les réflexions précédentes révèlent que la cession de créance n'est pas un acte neutre pour le débiteur de la créance cédée : l'acte de cession entraîne des risques d'aggravation de la situation de celui-ci. Ces risques peuvent avoir un rapport direct avec la prestation due, soit qu'ils puissent faire perdre au débiteur certains moyens de défense, soit qu'ils menacent d'altérer l'exécution de la prestation. Cependant, il est également possible d'identifier des risques sans lien avec la prestation due.

§2- Les risques étrangers à la prestation due

416. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut citer quelques cas témoignant de l'existence de risques qui, sans lien direct avec la prestation due, ne sont pas moins susceptibles d'aggraver la situation du débiteur. Il en est ainsi, par exemple, de la menace qui pèse sur le débiteur, dans l'intérêt de la protection du cessionnaire-acquéreur de la créance-, de se voir contraint d'informer celui-ci de l'existence, du contenu ou d'autres aspects concernant la créance. Mis à part le risque d'une telle obligation d'information (A), le débiteur de la créance cédée pourrait également être contraint de vérifier la légitimité de celui qui exige l'accomplissement de la prestation en sa faveur. Il suffit de rappeler l'hypothèse, déjà mentionnée, dans laquelle le débiteur d'une créance, avant paiement, reçoit plusieurs notifications procédant de différents cessionnaires afin de l'informer de l'existence d'une cession de la créance. Il est incontestable que dans une telle situation, le débiteur se trouve dans une situation peu confortable : il risque de devoir se renseigner sur la légitimité de celui qui lui demande l'exécution de la prestation (B).

A- La création d'une obligation d'information

417. Depuis quelques années, un débat important existe en France à propos de l'opportunité ou non de créer une obligation d'information à la charge du débiteur¹¹³⁷. Précisément, la

¹¹³⁵ V. *infra* n° 428 s.

¹¹³⁶ V. *infra* n° 465 s.

¹¹³⁷ V. *supra* n° 349.

question se pose de savoir si le débiteur est tenu d'informer le cessionnaire sur l'existence et le contenu de la créance cédée ainsi que sur les exceptions qu'il pourrait faire valoir. En outre, on se demande si le débiteur doit, éventuellement, avertir le cessionnaire de l'existence d'autres opérations ayant pour objet la créance dont il aurait reçu notification.

Même si un nombre significatif d'auteurs se prononcent contre la consécration d'une telle obligation¹¹³⁸ et si la position de la jurisprudence française semble aller dans le même sens aujourd'hui¹¹³⁹, certains auteurs sont d'avis contraire¹¹⁴⁰. Cette proposition mettrait donc à la charge du débiteur une véritable obligation¹¹⁴¹.

Nous aurons l'occasion d'approfondir les arguments avancés en faveur de chacune de ces approches et les conséquences de celles-ci¹¹⁴² mais la seule mise en évidence de l'existence d'un tel débat suffit d'ores et déjà à conforter l'idée que la cession de créance n'est pas un acte neutre pour le débiteur.

418. En outre, même si une telle discussion est aujourd'hui inconnue du droit colombien, rien n'empêche que la doctrine et la jurisprudence commencent à se poser la question de savoir si le débiteur de la créance cédée doit effectivement être tenu d'une obligation d'information envers le cessionnaire. L'existence d'une telle obligation à la charge du débiteur de la créance en matière de saisie¹¹⁴³, à l'instar du droit français, favoriserait une telle discussion.

419. Outre le risque d'être tenu responsable en cas de défaut d'information, d'information défectueuse ou d'information incomplète à l'égard du cessionnaire, le débiteur peut voir sa situation

¹¹³⁸ Voir en ce sens en matière de cession Dailly par exemple : J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations, Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 529, p. 504 ; M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, *op. cit.*, n° 37, p. 31 ; F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 571, p. 509.

¹¹³⁹ Cass. com. 24 mars 1992, n° 9014678, *Bull.* n° 128 ; *RTD com.* 1992, 654, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; Cass. com. 23 mars 1993, n° 9110415, *Bull.* n° 112.

¹¹⁴⁰ V. notamment à propos de ce débat : R. BONHOMME, *Instruments de crédit et de paiement*, *op. cit.*, n° 278, p. 221 ; F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 571, p. 509. Par ailleurs, l'idée de consacrer une telle obligation d'information à la charge du débiteur de la créance cédée ainsi que d'une créance nantie n'est pas nouvelle en droit français. En effet, l'avant-projet de réforme du droit du nantissement élaboré par la Société d'Etudes Législatives en 1937 tendait à organiser une publicité articulée autour d'une obligation d'information du débiteur de la créance nantie (v. le texte proposé, *Bull. soc. ét. lég.*, 1937, p. 361 et s.).

¹¹⁴¹ En effet, nous savons que le terme « obligation » peut désigner, au sens large, tout devoir imposant une norme de comportement. Cependant, au sens strict, l'« obligation » est le lien juridique par lequel un sujet, le débiteur, est contraint de réaliser une prestation déterminée en faveur d'un autre sujet, le créancier, sous peine d'une sanction étatique : V. notamment à propos de cette distinction : F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, nos 1 et 2, p. 1-2 ; G. CORNU, *Vocabulaire Juridique de l'Association Henri Capitant*, *op. cit.*, V° « Obligation ».

¹¹⁴² V. *infra* n° 559 s.

¹¹⁴³ Nous aurons l'occasion de revenir sur la saisie des créances en droit colombien. Pour le moment, il suffit de signaler que le législateur colombien a consacré, à l'instar du législateur français, l'obligation d'information à la charge du débiteur d'une créance saisie et les conséquences défavorables pour un tel débiteur en cas de défaut d'information ou d'information incomplète ou défectueuse.

aggravée s'il doit se renseigner auprès des prétendus cessionnaires dont il a reçu notification. Le but serait de se prémunir, en particulier, contre la réalisation d'un paiement non libératoire. Cette charge éventuelle de renseignement mérite quelques commentaires.

B- La création d'une charge de renseignement

420. Il est fort possible que le débiteur d'une créance reçoive plusieurs notifications provenant de personnes différentes afin de l'informer de la réalisation de la cession et, par conséquent, du changement de créancier. Se pose alors la question du comportement à exiger du débiteur. Plus précisément, devrait-il se renseigner auprès de son créancier originaire afin de s'assurer de la réalité et de la validité des cessions ? Serait-il tenu, sans examiner les différentes opérations réalisées, simplement de s'exécuter conformément à la première notification reçue ? Peut-être devrait-il agir conformément à la dernière notification reçue ? Serait-il contraint de déterminer, à partir des différentes notifications reçues et des dates de chaque cession, lequel, entre les différents cessionnaires, serait le véritable titulaire de la créance ? Aucune réponse unique ne peut être apportée à ces interrogations, car si la notification au débiteur est obligatoire en matière de cession de créance de droit commun, et cela tant en droit français qu'en droit colombien, il n'en est pas de même en ce qui concerne par exemple la cession Dailly du droit français pour laquelle, conformément à l'interprétation majoritairement admise, la notification ne serait que facultative.

De fait, la doctrine majoritaire ne s'interroge pas beaucoup à ce sujet mais certains auteurs ont toutefois pu signaler que le débiteur de la créance cédée pourrait supporter, comme conséquence de la cession, quelques contraintes, par exemple celle de devoir se renseigner sur la réalité de la cession et la personne du cessionnaire¹¹⁴⁴. Cette situation pourrait se produire dans le cas d'une double mobilisation de la créance, mais aussi dans l'hypothèse de la réalisation de plusieurs cessions partielles d'une même créance. Au fond, la situation du débiteur va dépendre de l'exigence d'un comportement plus ou moins diligent de sa part en cas de réception de plusieurs notifications avant la réalisation du paiement.

421. En définitive, le risque d'engagement de la responsabilité du débiteur pour défaut ou manquement à une éventuelle obligation d'information à sa charge est un signe tangible du risque d'aggravation de sa situation du fait de la cession, et ce indépendamment du fait que la prestation due

¹¹⁴⁴ Cet aspect est objet d'étude au sein des différentes sources de droit international et de droit européen. A titre d'exemple, on peut citer les articles 9. 1. 11 et 17 respectivement des Principes d'UNIDROIT et de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international.

reste inchangée. Il en va de même si on considère que le débiteur est tenu d'accomplir certaines démarches afin de s'assurer du caractère libératoire du paiement, dans l'hypothèse, par exemple, où il reçoit plusieurs notifications avant la réalisation du paiement.

422. **CONCLUSION DE LA SECTION I.** Des développements qui précèdent, l'on peut sans conteste conclure que le débiteur s'expose à de nombreux risques en conséquence de la cession, lesquels peuvent atteindre directement ou non la prestation due. A dire vrai, il n'est pas nécessaire que la prestation due par le débiteur de la créance cédée soit l'objet d'une quelconque modification pour que la cession risque effectivement d'aggraver sa situation. Il convient de se défaire de l'idée répandue selon laquelle la cession de créance est un acte neutre pour le débiteur. Contrairement à ce qu'on lit souvent, la personne du créancier n'est pas complètement indifférente pour le débiteur. Faudrait-il donc conclure à l'interdiction de principe de céder librement les créances ? Nous ne le pensons pas. En effet, nous avons eu l'occasion de signaler l'intérêt de permettre la libre circulation des créances. Il paraît toutefois important de tenir compte de cette absence de neutralité de la cession pour le débiteur et de la nécessité de mettre en œuvre une protection spéciale en sa faveur. Tel sera précisément l'objet des développements subséquents.

Section II- La mise en œuvre de la protection

423. Deux séries de mesures peuvent être envisagées afin de mettre le débiteur à l'abri des risques engendrés par une cession de créance : certaines mesures tendant à restreindre la libre cessibilité des créances, ont une nature préventive (§ 1) ; d'autres visant plutôt à remédier à l'aggravation de la situation du débiteur lorsque la cession a déjà eu lieu, peuvent être qualifiées de palliatives (§2).

§1- Les mesures préventives

424. On pourrait considérer que la meilleure façon de garantir au débiteur une protection contre les risques créés par la cession serait l'établissement de mesures restreignant la libre cessibilité des créances issues soit de la loi, soit de la volonté des parties. Leur étude montre qu'elles n'ont cependant qu'une portée limitée : les restrictions légales ont un champ d'application restreint (A) tandis que les restrictions conventionnelles ont une efficacité limitée (B).

A- Les restrictions légales, un champ d'application restreint

425. Bien qu'étant un moyen plausible de protection du débiteur, les restrictions légales à la libre circulation des créances doivent forcément relever de l'exception. Affirmer le contraire reviendrait à remettre en question le principe même de la libre cessibilité des créances reconnu par nos législateurs.

426. D'ailleurs, on peut constater que la plupart des hypothèses consacrant des restrictions légales à la libre cessibilité des créances ont pour finalité la protection du créancier et non celle du débiteur de la créance¹¹⁴⁵. Il en est ainsi des limitations concernant l'incessibilité des créances alimentaires et des créances dérivées du salaire ou d'autres prestations sociales¹¹⁴⁶. L'idée ici est de garantir que le bénéficiaire d'une créance alimentaire ou d'une créance salariale conserve la créance dans son patrimoine en raison de l'importance qu'elle représente : elle lui garantit un *minimum vital*¹¹⁴⁷.

Certains auteurs signalent également que la réticence à l'égard de la libre cessibilité des créances futures pourrait obéir à une volonté de protection du créancier. Plus précisément, il s'agirait d'empêcher un risque de spoliation du cédant¹¹⁴⁸. Toutefois, compte tenu de l'utilité de ce mécanisme en tant que moyen pour les entreprises de se procurer du crédit, on aura l'occasion de montrer que le législateur et la jurisprudence admettent de plus en plus une telle possibilité avec quelques restrictions¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁵ F.-X. LICARI, « L'incessibilité conventionnelle de la créance, Le *pactum de non cedendo*, de l'Ecole des Pandectes à la loi relative aux nouvelles régulations économiques », 1^{re} partie, art. préc., n° 2, p. 66.

¹¹⁴⁶ Voir en ce sens et en droit français : J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, op. cit., n° 291, p. 308 : « Parce qu'elles présentent un caractère alimentaire, les rémunérations dues au titre d'un contrat de travail ne sont cessibles, selon l'article l. 145-2 du Code de travail, que dans certaines proportions, fixées par un décret en Conseil d'Etat (...). Par ailleurs, même si aucune disposition légale ne prohibe la cession des créances d'aliments, la jurisprudence retient qu'elles sont indisponibles, car elles sont attachées à la personne même des créanciers. Elles sont donc incessibles dans leur totalité, mais cette mesure de protection des créanciers ne concerne que les termes à échoir et non les termes échus qui peuvent être librement cédés. Ce régime doit s'appliquer aux prestations compensatoires allouées sous forme de rente, désormais exceptionnel » (nous soulignons) ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, op. cit., n° 340, p. 321 : « Par exception, les créances insaisissables sont, en même temps, incessibles comme présentant pour leur titulaire un caractère nécessaire. C'est le cas notamment des pensions alimentaires, des rémunérations du travail au-dessous d'un certain chiffre, des prestations de sécurité sociale » ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op. cit., n° 1310, p. 751 ; G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, thèse préc., n° 122, p. 112. En ce qui concerne le droit colombien : H.-D. VELASQUEZ GOMEZ, *Estudio sobre obligaciones*, op. cit., n° 539, p. 1022-1023 ; M. MAHECHA LOPEZ, *Cesión de derechos*, op. cit., spéc. p. 10, <http://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5415/129339.pdf?sequence=1> (consulté le 2 mai 2016). Corte Suprema de Justicia, Sala de casación laboral, 18 novembre 2009, Réf. : 21754, M.R. : Francisco J. Ricaurte.

¹¹⁴⁷ En ce sens : H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations, théorie générale*, op. cit., n° 1258, p. 1276-1277 ; E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles des créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op. cit., n° 424, p. 252.

¹¹⁴⁸ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, op. cit., n° 294, p. 313 : « D'un point de vue théorique, la difficulté peut être résolue en tenant compte de ce que la cession de créance peut être une opération purement spéculative pour le cessionnaire, ce qui conduit à reconnaître que l'existence, même « en germe », de la créance, n'est pas une condition de cette opération. Cependant, toute spéculation n'est pas souhaitable et il faut aussi tenir compte de la protection du créancier potentiel (cédant). Celui-ci peut en effet être aculé, à la suite d'un revers de fortune, à céder à très faible prix des créances futures résultant de contrats dont la conclusion est simplement espérée » ; F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 377, p. 310 : « Finalement, les limites à la validité de la cession de créances futures répondent à un souci de protection du cédant contre la tentation d'engager trop facilement l'avenir ».

¹¹⁴⁹ V. *infra* n° 610 et s.

En outre, mais cette fois-ci concernant uniquement le droit français, dans le domaine de la sous-traitance, le législateur a prévu que l'entrepreneur principal ne peut céder ou nantir les créances résultant du marché passé avec le maître d'ouvrage qu'à concurrence des sommes qui lui sont dues au titre des travaux qu'il effectue personnellement¹¹⁵⁰. Le but ici est de protéger le créancier sous-traitant en lui garantissant une action directe contre le maître d'ouvrage¹¹⁵¹.

427. Ces exemples montrent bien que la plupart des hypothèses relatives aux restrictions légales à la libre cessibilité des créances s'expliquent par le désir du législateur de protéger un créancier contre lui-même, ou par la finalité de protection d'une certaine catégorie de créanciers contre les actes de ses débiteurs. Dans cette dernière hypothèse, l'idée est de prévenir que ceux-ci, en cédant les créances dont ils sont titulaires, ne remettent en question les droits de leurs créanciers, comme c'est le cas de la sous-traitance en droit français¹¹⁵². Notons toutefois quelques rares hypothèses dans lesquelles les restrictions à la libre cessibilité des créances sont conçues dans un but de protection du débiteur de la créance objet de la cession. Pour mieux illustrer notre propos deux exemples seront évoqués : le premier, commun aux droits français et colombien, consiste dans l'incapacité spéciale de devenir cessionnaire d'une créance litigieuse (1) ; le second, ne concernant que le droit colombien, est relatif à l'interdiction spéciale de devenir cessionnaire d'une créance hypothécaire (2).

1- Incapacité spéciale de devenir cessionnaire d'une créance litigieuse

428. Le droit français comme le droit colombien consacrent une incapacité spéciale pour certaines personnes d'acquérir une créance litigieuse. En ce qui concerne le droit français, cette incapacité est prévue à l'article 1597 du Code civil qui dispose que : « *Les juges, leurs suppléants, les magistrats remplissant le ministère public, les greffiers, huissiers, avocats, défenseurs officieux et notaires, ne peuvent devenir cessionnaires des procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, à peine de nullité, et des dépenses, dommages et intérêts* ».

Pour sa part, le législateur colombien a prévu, à l'article 1854 du Code civil, qu'« *il est interdit à l'employé public d'acheter les biens publics ou particuliers qui sont vendus par son ministère ; et aux magistrats de la*

¹¹⁵⁰ Voir en ce sens l'article 13 de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975.

¹¹⁵¹ Le transfert des créances en droit français et en droit anglais, doc Academia, n° 230 ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations, Théorie générale, op.cit.*, n° 1258, p. 1227 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes, op. cit.*, n° 349, p. 373-384 ; P. BERLIOZ, note sous Cass. com. 27 avril 2011, RJC 1 nov. 2011, n° 6, p. 579. Voir en ce sens : C.A. Paris, 23 fév. 2000, D. 2000, p. 178.

¹¹⁵² E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles des créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes, op. cit.*, n° 435, p. 257.

Cour suprême, aux juges, aux préfets et aux secrétaires des uns et des autres, d'acheter les biens relatifs aux litiges dans lesquels ils sont intervenus et qui sont vendus comme conséquence du litige, même si la vente est réalisée aux enchères ».

Les législateurs ont ainsi restreint le champ des personnes susceptibles d'acquérir une créance litigieuse. La question se pose de savoir en quoi la restriction soulignée constituerait une garantie en faveur du débiteur.

429. Afin de tenter de donner une réponse à cette interrogation, il convient de faire quelques remarques sur la position de la doctrine à ce sujet. Certains auteurs français et colombiens ont cherché à déterminer les différentes finalités de l'incapacité spéciale prévue à l'article 1597 du Code civil. Ils ont pu mettre en évidence trois buts différents.

Premièrement, l'interdiction d'acquérir frappant certains fonctionnaires aurait pour finalité de garantir une bonne et efficace administration de la justice. Plus précisément, l'idée est d'empêcher l'acquisition de droits litigieux et, en ce qui nous concerne, l'acquisition de créances litigieuses par des personnes pouvant avoir une influence trop importante sur l'issue du procès. L'institution de la justice serait ainsi à l'abri de tout soupçon¹¹⁵³.

Deuxièmement, certains auteurs prennent soin de signaler que cette incapacité spéciale chercherait aussi à protéger le cédant de l'influence abusive que pourrait avoir le cessionnaire à son égard, cela en raison précisément de son autorité ou de son influence¹¹⁵⁴.

Troisièmement, les auteurs précisent que l'interdiction d'acquérir qui touche les personnes visées par les dispositions tend également à protéger le débiteur de la créance cédée contre le risque de subir les effets d'éventuelles pratiques vexatoires émanant d'un cessionnaire puissant en raison de la fonction qu'il occupe. Autrement dit, cette prohibition chercherait à protéger le débiteur de la créance cédée d'un adversaire trop influent¹¹⁵⁵.

¹¹⁵³ En droit français : TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, De la vente*, t. I, *op.cit.*, n° 196, p. 265 s. En droit colombien : J.-A. BONIVENTO FERNANDEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, *op. cit.*, n° 14, p. 20 ; C.GOMEZ ESTRADA, *De los principales contratos civiles*, *op. cit.*, n° 9, p. 14-15.

¹¹⁵⁴ PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., t. X, 1^{re} partie, *Contrats spéciaux*, par J. HAMEL, LGDJ, 1956, n° 324, p.410 : « L'art. 1597 défend aux personnes chargées de fonctions judiciaires l'acquisition de certains biens vis-à-vis desquels elles se trouvent, par le fait de leurs fonctions, dans des situations trop influentes. On redoute de la part de ces personnes un abus d'influence qui les rendrait trop dangereuses pour leurs adversaires » ; J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI et H. LECUYER, *Les principaux contrats spéciaux*, collab. J. MOREL-MAROGER, *op.cit.*, n° 1152, p. 105 : « Parce qu'on craint de leur part qu'elles abusent de leur influence sur autrui, pour l'amener à leur céder des biens, on interdit à certaines personnes de se porter acheteurs dans certaines circonstances, en les frappant d'une véritable incapacité de jouissance ». Les auteurs précisent en note de bas de page n° 100 que l'article 1597 interdit aux personnes investies d'une fonction judiciaire de se rendre acquéreurs de droits litigieux, ce qui intéresse la cession de créance.

¹¹⁵⁵ D. PARDOEL, *Les conflits de lois en matière de cession de créance*, *op. cit.*, n° 398, p. 201 : « La prohibition édictée par l'article 1597 du Code civil a pour fonction de protéger tant le cédant que le débiteur cédé de l'influence abusive que pourrait avoir le cessionnaire à leur égard. Parce qu'il est un homme de l'art, le cessionnaire risquerait d'avoir une autorité trop grande sur le cédant. De même, la règle tend à protéger le débiteur cédé d'un adversaire trop influent. Mais la doctrine remarque que cette protection ne concerne pas seulement les intérêts du débiteur cédé et du cessionnaire. Ce qui est en cause ici, c'est la crédibilité même des décisions de justice. L'institution de la justice doit être à l'abri de tout soupçon qui pourrait l'atteindre au travers de ses agents. Cette incapacité répond à un motif d'ordre public, lié à la bonne administration de la justice ».

430. Dès lors que ces dispositions ne sont exclusivement destinées ni à la protection du cédant ni à la protection de l'intérêt général mais qu'elles tendent aussi à garantir la protection du débiteur de la créance cédée, l'on comprend mieux que la jurisprudence française décide de lui accorder la possibilité de remettre en cause la cession réalisée en violation de la loi¹¹⁵⁶. Il est vrai qu'il existe un débat important autour de la nature de la nullité résultant de la violation des dispositions précitées, le législateur ne s'étant pas prononcé expressément à ce sujet. Certains auteurs soutiennent qu'il s'agit d'une nullité absolue en invoquant le caractère d'ordre public qu'ils accordent à l'interdiction de l'article 1597 du Code civil¹¹⁵⁷. Cependant, la nature relative de la nullité semble avoir les faveurs de la jurisprudence¹¹⁵⁸. Deux raisons principales pourraient justifier cette position : la première résiderait dans la volonté d'empêcher le cessionnaire d'invoquer un tel vice ; la seconde raison serait d'exclure la possibilité pour le cédant de confirmer la cession¹¹⁵⁹. Cependant, comme certains auteurs ont pu le soutenir, le fait que l'article 1597 du Code civil ait pour finalité de protéger le cédant contre les abus d'influence des magistrats, notaires ou avocats ne signifie pas que le débiteur de la créance cédée ne puisse pas avoir intérêt à ce que les officiers ou auxiliaires de justice, animés d'un esprit de lucre, ne s'obstine au-delà de la mesure¹¹⁶⁰.

Une analyse approfondie de la distinction entre nullité relative et nullité absolue dépasse largement le cadre de notre recherche¹¹⁶¹. Cependant, on peut conclure, aux fins de notre démonstration, que le débiteur de la créance cédée a effectivement intérêt à remettre en question la cession conclue en violation des dispositions prévues respectivement aux articles 1597 et 1854 des Codes civils français et colombien, ce qui justifie qu'il puisse demander la nullité de la cession¹¹⁶².

justice. Parce que cette interdiction d'acquiescer qui frappe certains personnels judiciaires répond à une pluralité d'objectifs, différents rattachements peuvent être proposés en droit international privé » (nous soulignons).

¹¹⁵⁶ Cass. civ. 3^e, 15 mai 1991, *Bull. civ.*, III, n° 146 ; *D.* 1992, Somm. p. 195, obs. Paisant. Pour une décision ancienne : Civ. 29 févr. 1832, *S.* 1832.1.364 ; v. *contra* Amiens 11 prairial an XIII, *S. Chronol.* an XII-1808, 2.58.

¹¹⁵⁷ Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil*, t. XI, La vente, Le louage des choses, 2^e éd., par J. BRETHER DE LA GRESSAYE, Rousseau, Paris, 1938, nos 44, 45 et 402 ; LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XXIV, Durand et Pedone - Lauriel, Paris, 1877, n° 63 ; L. GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, t. I, 3^e éd., Pedone, Paris, 1902, n° 140.

¹¹⁵⁸ Ainsi, la jurisprudence a pu refuser au ministère public la faculté de demander la nullité d'une acquisition faite par une personne touchée par la prohibition de l'article 1597 du Code civil : Cass. civ. 29 févr. 1832, *D. Jur. gén.*, v° « Ministère public », n° 96, *S.* 32, 1, 364.

¹¹⁵⁹ P.-Y. GAUTIER, note sous Cass. civ. 3^e, 15 mai 1991, *Bull. civ.*, III, n° 146, *RTD civ.* 1992, p.406.

¹¹⁶⁰ P.-Y. GAUTIER, note préc. ss. Cass. civ. 3^e, 15 mai 1991 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., t. X, 1^{re} part., *Contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 327, p. 413 : « C'est une nullité relative. Elle peut être demandée par les personnes que menace l'acquisition : vendeur qui a pu être trompé par l'acquéreur sur la véritable valeur de son droit, tiers qui risque d'éprouver l'abus d'influence. Elle peut alors être invoquée par voie d'action ou par voie d'exception » ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. V, 5^e éd., par G. Rau et Ch. Falcimaigne, Marchal et Billard, Paris, 1907, § 359 *quater*, p. 245 et s. ; H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. III, vol. 2, 7^e éd. par M. Juglart, n° 827, p. 109 : « L'article 597 interdit aux gens de justice : magistrats du siège et du ministère public, greffiers, huissiers, avoués, et aux notaires, d'acquiescer des droits litigieux, c'est-à-dire des droits qui font l'objet d'un procès où sont de nature à donner lieu à une contestation (...) une telle cession ferait craindre à l'adversaire du cédant l'influence du cessionnaire sur la juridiction saisie ou à saisir ».

¹¹⁶¹ Voir sur ce sujet : A.-S. LEBRET, *La distinction des nullités relative et absolue*, thèse Paris II, 2015.

¹¹⁶² J.-L. AUBERT, note sous Cass. civ., 15 mai 1991, *Deffrénois*, 1992, n° 14, art. 35212, p. 319 s.

431. Par ailleurs, grâce à ces précisions permettant de mettre en lumière les finalités de la consécration par le législateur d'une sorte d'incapacité spéciale pour certaines personnes d'acquiescer des créances litigieuses, on comprend mieux la portée des dispositions mentionnées. En effet, la seule lecture de celles-ci ne permet ni de déterminer clairement le sens à donner à la notion de « créance litigieuse » ni d'établir le champ d'application d'une telle interdiction.

S'agissant du premier aspect, comme on le sait¹¹⁶³, pour que la cession soit considérée comme litigieuse il n'est pas nécessaire que la contestation soit déjà née au moment de sa conclusion. La doctrine majoritaire et la jurisprudence, tant en France qu'en Colombie, reconnaissent que la simple éventualité d'un litige suffit pour que la créance soit considérée comme étant un droit litigieux au sens des dispositions mentionnées. L'exigence d'une contestation ne concerne que l'exercice du retrait litigieux¹¹⁶⁴. Cette appréhension extensive de ce qu'est un droit litigieux s'explique par le fait que le risque de spéculation est fort envisageable non seulement dans les hypothèses où un litige est déjà formé, mais aussi dans les hypothèses où une contestation sur le fond est concevable. On peut donc penser que les rédacteurs du Code Napoléon ont suivi l'opinion de Pothier sur ce point¹¹⁶⁵.

Quant au domaine précis de l'interdiction, il reste à savoir si elle concerne tout type de cession indépendamment de l'opération voulue par les parties, par exemple une cession à titre de donation ou de paiement, ou si, en revanche, elle ne concerne que la cession à titre de vente¹¹⁶⁶. A dire vrai, cette question ne semble pas faire l'objet d'un débat important ; ce doute ne paraît concerner que le droit français. S'agissant du droit colombien, la lecture de l'article 1854 du Code civil montre bien que le législateur ne se réfère qu'à la vente. En outre, la disposition mentionnée prend place dans un chapitre I relatif à la capacité pour conclure un contrat de vente.

En ce qui concerne le droit français, même si la rédaction des dispositions prête à confusion, il nous semble possible d'arriver à la même conclusion qu'en droit colombien et cela pour deux raisons principales : d'une part, l'article 1597 se trouve dans chapitre II consacré aux personnes

¹¹⁶³ V. *supra* n° 414.

¹¹⁶⁴ Outre les auteurs cités *supra* note 1126. Voir également ce passage révélateur de PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., t. X, 1^{re} partie, *Contrats spéciaux*, par J. HAMEL, op.cit., n° 325, p. 410 : « La jurisprudence refuse avec raison d'étendre aux droits litigieux de l'art. 1597 la définition fournie par les art. 1699 et 1700 relatifs au retrait litigieux. Il est donc inutile qu'il y ait « procès et contestation sur le fond du droit » ; il suffit que le droit soit « susceptible de discussions judiciaires prévues et sérieuses » ; rapp. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XXIV, op. cit., n° 58 : « La question est de savoir si l'on doit appliquer à l'article 1597 la définition que l'article 1700 donne des droits litigieux (...) On admet généralement la négative, et avec raison. Dans l'acceptation ordinaire des termes, un droit est litigieux, non-seulement lorsqu'il fait la matière d'un procès déjà existant, mais encore lorsqu'il paraît susceptible d'être contesté avec quelque fondement. L'article 1700 limite donc le sens vulgaire de l'expression droit litigieux. Tout prouve que l'article 1597 emploie les mots droits litigieux dans le sens vulgaire ».

¹¹⁶⁵ POTHIER, *Œuvres par Dupin, Traité du contrat de vente*, t. 2, Pichon-Béchet, Paris, 1827, n° 584, p. 259 : « On appelle créances litigieuses, celles qui sont contestées, ou peuvent l'être en total ou pour partie, par celui qu'on en prétend le débiteur, soit que le procès soit déjà commencé, soit qu'il ne le soit pas encore, mais qu'il y ait lieu de l'appréhender ».

¹¹⁶⁶ Une telle question est fondamentale dans la mesure où nous avons montré que l'un des traits caractéristiques de la cession est le fait qu'elle permette la réalisation de différentes opérations juridiques : v. *supra* n° 263 et s.

pouvant conclure un contrat de vente, lequel est inclus dans un titre VI dédié à l'étude de la vente, ce qui laisse supposer que l'interdiction se réfère exclusivement aux cessions à titre de vente ; d'autre part, puisque le but d'une telle disposition est précisément de lutter contre la spéculation et contre les éventuelles pratiques vexatoires qu'un cessionnaire pourrait accomplir en profitant de son influence, la restriction ne paraît justifiée que dans les opérations réalisées à titre onéreux.

Dès lors, il convient de reconnaître que si certaines personnes ne peuvent devenir cessionnaires d'une créance, cette prohibition n'a lieu d'être que dans l'hypothèse où l'acquisition se fait à titre de vente et non dans d'autres hypothèses. La cession étant un contrat ayant une cause variable, on voit mal pourquoi il faudrait étendre l'interdiction prévue aux articles cités à toutes les cessions de créance indépendamment de l'opération envisagée.

432. Laissons de côté ces considérations relatives à l'interdiction légale d'acquérir des créances litigieuses prévue pour des catégories spécifiques de personnes, commune aux droits français et colombien, afin de faire référence à un autre exemple, propre cette fois au droit colombien : l'interdiction spéciale de devenir cessionnaire d'une créance hypothécaire pour l'acquisition d'un logement.

2- Interdiction spéciale de devenir cessionnaire d'une créance hypothécaire pour l'acquisition d'un logement, le cas colombien

433. Exceptée la critique que l'on pourrait esquisser quant au caractère approprié de la qualification même de cession de créance¹¹⁶⁷, ce qu'il est intéressant ici de souligner est que le législateur colombien, à travers la consécration d'une restriction visant à interdire que les personnes physiques puissent devenir cessionnaires de créances hypothécaires relatives au logement, conforte l'idée selon laquelle la personne du créancier n'est pas complètement indifférente pour le débiteur. La Cour constitutionnelle colombienne a eu l'occasion de se prononcer à ce sujet.

Elle a en effet précisé que la restriction des personnes ayant capacité à devenir cessionnaires dans l'hypothèse envisagée se justifiait non seulement par le fait que le cessionnaire devait être une personne maîtrisant tous les aspects relatifs au fonctionnement du système financier, mais aussi par le besoin de protection du débiteur de la créance cédée : « *D'après ce qui a été soutenu par cette corporation (décision C-955 de 2000), l'administration du crédit, à propos du financement du logement, doit toujours être sous le*

¹¹⁶⁷ En raison du fait que l'hypothèse visée par le législateur colombien ne correspond pas effectivement à un acte volontaire de disposition du créancier mais à une sorte de modification légale de l'obligation par l'initiative du débiteur de la créance cédée : voir à ce sujet *supra* n° 260.

contrôle des entités financières, il ne peut pas être transféré sans l'autorisation et vigilance de l'Etat, et il doit être gouverné par les critères de protection en faveur du débiteur. Précisément, sur le fondement des principes qui orientent l'Etat social de droit, la Cour a souligné l'importance de ne pas laisser entre les mains de n'importe quelle personne ou entité la maîtrise du système financier ou des recours provenant de l'épargne privée. De façon qu'en aucun cas il est autorisé aux personnes physiques d'être cessionnaires de créances hypothécaires pour l'acquisition de logement »¹¹⁶⁸.

434. Sans être exhaustifs, les cas cités révèlent que le législateur n'est pas indifférent aux risques d'aggravation de la situation du débiteur du fait de la cession. C'est pourquoi il interdit expressément, sous peine de nullité, la réalisation de la cession dans des hypothèses bien précises¹¹⁶⁹. De telles interdictions ont un champ d'application limité, ce qui n'a rien d'étonnant. Comme nous l'avons souligné, une politique contraire conduirait à remettre en question le principe même de la libre cessibilité des créances. Mais cette circonstance ne signifie pour autant pas que les parties ne peuvent établir elles-mêmes des limites à la libre cessibilité des créances. L'efficacité de ces clauses n'est néanmoins pas absolue.

B- Les restrictions conventionnelles, une efficacité relative

435. Rappelons que les restrictions conventionnelles à la libre circulation de créance sont des stipulations visant, soit à conditionner, soit à interdire purement et simplement la libre circulation de la créance¹¹⁷⁰. Dans les développements suivants, nous tenterons de démontrer que même si ces restrictions n'ont pas vocation à empêcher la réalisation de la cession, elles peuvent tout de même constituer un moyen efficace pour protéger le débiteur de la créance cédée. La nature juridique particulière (1) et le régime original (2) de ces clauses explique un tel phénomène.

¹¹⁶⁸ Corte Constitucional colombiana, Sentence C-785, 22 octobre 2014, Exp. D-10149, M. R.: Jorge Ivan Palacios. Pour le texte de la décision en espagnol: « *Según ha sido declarado por esta Corporación (Sentencia C-955 de 2000), el manejo de los créditos de vivienda debe realizarse siempre bajo la idoneidad de las entidades financieras, no puede ser conferido sin la debida autorización y vigilancia del Estado, y debe regirse bajo criterios de protección a favor del deudor. Precisamente, sustentada en los principios que orientan el Estado social de Derecho, la Corte ha resaltado la importancia de no dejar en manos de cualquier persona o entidad el manejo del sistema financiero o de los recursos provenientes del ahorro privado. De manera que en ningún momento se ha facultado a las personas naturales a ser cesionarias de créditos hipotecarios de vivienda* ».

¹¹⁶⁹ Par ailleurs, il est intéressant de constater que le droit comparé offre d'autres exemples qui montrent bien que contrairement à ce qu'on affirme souvent, la personne du créancier peut ne pas être complètement indifférente pour le débiteur cédé. C'est le cas en droit allemand quant à l'incessibilité des créances d'honoraires résultant d'une activité soumise au secret professionnel : E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles des créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op. cit., n° 450, p. 269. Voir également : J. LAURENT, *La propriété des droits*, op.cit, n° 443, p. 346 : « *Toutefois, comme en matière de droit réel, il n'y a là qu'un principe : certaines créances peuvent être marquées du sceau de l'intuitus personae, notamment quand l'engagement du débiteur a été pris en considération de la personne du créancier. Cette particularité prohibe leur cessibilité car la volonté du débiteur au moment de l'acte de création a entendu attacher la réalisation de la prestation à la personne du créancier originel. C'est également le cas lorsque, indépendamment de la psychologie du débiteur, la créance a objectivement une vocation strictement personnelle* ». Dans le même sens, en droit suisse : P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse, dispositions générales du Code des obligations*, op. cit., n° 275, p. 879 : « *Les droits résultant de contrats conclu intuitu personae ou conférant des droits et des obligations strictement personnels, tels les mandats de professions libérales (y compris les honoraires de l'avocat ou du médecin), ou le sociétariat dans les sociétés de personnes (CO 54 2)* ».

¹¹⁷⁰ V. supra n°365.

1- *Pour une reconnaissance de la nature juridique particulière des clauses restrictives de la cessibilité des créances*

436. Différentes analyses sont proposées afin de déterminer la nature juridique des restrictions conventionnelles de la libre cessibilité des créances. Cependant, aucune d'entre elles n'est complètement convaincante. C'est pourquoi, une fois présentées les analyses écartées (a), nous précisons l'analyse retenue (b).

a) Les analyses écartées

437. L'absence de réglementation relative aux clauses restreignant la cessibilité des créances explique l'importance de la doctrine et de la jurisprudence dans le développement de cette matière. Cependant, l'une et l'autre semblent s'intéresser à des problématiques différentes. Le débat principal dans la jurisprudence concerne le régime des clauses restrictives de cessibilité, alors que la doctrine, sans négliger cet aspect, s'intéresse principalement à leur nature juridique.

438. La discussion ayant trait à la nature juridique des clauses d'incessibilité des créances est fortement influencée par la controverse relative aux clauses d'inaliénabilité en matière de biens corporels¹¹⁷¹. Ainsi, la doctrine est divisée entre les partisans du caractère personnel des clauses d'incessibilité et les auteurs qui considèrent qu'elles ont un caractère réel¹¹⁷². Ce débat se pose en outre dans les mêmes termes au sein d'autres systèmes juridiques, notamment en droit allemand¹¹⁷³, en droit

¹¹⁷¹ Voir à propos d'un tel débat : Ph. CHAUVIRE : « Voyage sur les terres de l'inaliénabilité conventionnelle », *Liberté contractuelle et droits réels*, L. Andreu (dir.), Institut Universitaire Varenne, Collec. Colloques & Essais, 2015, p. 155-172 ; B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, *op. cit.*, n° 111, p. 86-88 : « L'indisponibilité contractuelle peut être conçue comme une restriction conventionnelle de la capacité juridique du titulaire du bien, ou comme une indisponibilité réelle affectant le bien indisponible et non la personne à laquelle il appartient, ou bien encore comme donnant naissance à une obligation de ne pas faire à la charge de cette dernière. Si la première conception n'est le plus souvent pas retenue, chacune des deux dernières réunit en revanche de nombreux suffrages, si bien que la matière continue à apparaître très controversée ». Pour une analyse récente à ce sujet : F. DANOS, « La diversité des restrictions conventionnelles au droit de disposer », *RDC* 2016, n° 1.

¹¹⁷² Il est vrai qu'à une certaine époque, un nombre minoritaire d'auteurs a pu soutenir que les clauses d'incessibilité donnaient lieu à une sorte d'incapacité spéciale de disposition envers le propriétaire. Toutefois, la détermination des incapacités étant une compétence exclusive du législateur, une telle conception est aujourd'hui abandonnée. Voir à propos de cette conception et des critiques : B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, *op. cit.*, n° 49, p. 46 : « Nous avons déjà observé que la doctrine qui, à la fin du XIX^e siècle, a tenté de justifier la validation jurisprudentielle des clauses d'inaliénabilité, a avancé entre autres hypothèses l'idée qu'il pourrait s'agir là d'une forme conventionnelle d'incapacité. Même si cette idée n'a été émise que pour être aussitôt rejetée, en raison du caractère strictement légal attaché aux incapacités, elle traduit néanmoins le pouvoir d'attraction qu'exercent les deux institutions l'une sur l'autre ». Voir également en ce qui concerne la critique de l'analyse des restrictions au droit de disposer sur le terrain de l'incapacité : F. DANOS, « La diversité des restrictions conventionnelles au droit de disposer », art. préc.

¹¹⁷³ Bien que le législateur et la doctrine majoritaire défendent l'analyse réelle desdites clauses, un courant minoritaire de la doctrine favorise inversement l'analyse personnelle : E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, *op. cit.*, n° 468, p. 284.

italien¹¹⁷⁴ ou encore en droit espagnol¹¹⁷⁵. Les défenseurs du caractère personnel des clauses d'incessibilité affirment que celles-ci donnent naissance à un engagement de ne pas faire consistant dans l'obligation de ne pas transférer la créance¹¹⁷⁶ ; tandis que les partisans de leur caractère réel soutiennent que les clauses d'incessibilité engendrent une indisponibilité réelle de la créance¹¹⁷⁷. Autrement dit, pour les premiers, les clauses d'incessibilité atteignent la personne du créancier en entraînant pour lui une restriction de sa faculté de disposer, alors que pour les seconds les clauses d'incessibilité portent plutôt sur la créance en la plaçant hors du commerce. Plus précisément, ces auteurs affirment que les clauses restrictives de cessibilité prévues dans les accords initiaux ont pour effet de faire naître des créances incessibles ou de rendre les créances incessibles si elles ont été stipulées postérieurement¹¹⁷⁸.

439. A côté de ces deux conceptions classiques, certains auteurs semblent reconnaître, sans l'affirmer expressément, une nature juridique particulière aux clauses restrictives de cessibilité des créances. En effet, ils soutiennent que celles-ci ont pour finalité de façonner la créance ou même d'établir les contours de celle-ci, à l'instar des stipulations relatives aux modalités de l'obligation par exemple¹¹⁷⁹, ou des clauses compromissaires ou attributives de juridiction¹¹⁸⁰.

¹¹⁷⁴ L'article 1260 du Code civil italien dispose que « *Le créancier peut transférer à titre onéreux ou gratuit sa créance sans le consentement du débiteur, pourvu que la créance n'ait pas un caractère strictement personnel ou que le transfert ne soit pas interdit par la loi. Les parties peuvent exclure la cessibilité de la créance ; mais un tel pacte n'est opposable au cessionnaire que s'il est prouvé qu'il le connaissait à l'époque de la cession* ». On voit donc que le législateur fait référence à l'opposabilité ou inopposabilité de la clause restrictive de la cessibilité, en laissant comprendre qu'une telle clause ne met pas la créance hors du commerce. Néanmoins, la doctrine se trouve partagée entre les auteurs qui considèrent que les clauses d'incessibilité engendrent une obligation de ne pas faire à la charge du créancier et ceux qui considèrent qu'elles frappent directement la créance.

¹¹⁷⁵ L'article 1112 du Code civil espagnol dispose que « *Tous les droits acquis en raison d'une obligation sont transmissibles sous réserve de la loi et sauf convention contraire* ». La référence à l'atteinte directe à l'obligation semble privilégier l'analyse réelle des clauses d'incessibilité. Cependant, le débat est très vif entre ceux qui défendent la nature réelle desdites stipulations et ceux qui soutiennent leur nature personnelle : L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, t. II, *Las relaciones obligatorias*, op. cit., p. 812 qui souligne que la question réellement épineuse à propos des clauses restrictives de cessibilité de la créance, en droit espagnol, est celle de déterminer si ces clauses engendrent une impossibilité objective qui empêche la créance de circuler ou si, en revanche, elles ne créent qu'une obligation de ne pas céder la créance avec une efficacité relative entre le cédant et le débiteur de la créance cédée. Il défend cette deuxième position. Voir dans le même sens : J.-M. ARTETA FREIRE, « *La ineficacia relativa del pacto de non cedendo y la acción de los subcontratistas en el concurso* », *InDret Revista para el análisis del derecho*, n° 2, 2003, p. 2 : « *Le pacte de non cedendo est réglementé dans l'article 1112 CC. Cette disposition établit que « tous les droits acquis en raison d'une obligation sont transmissibles sous réserve de la loi, sauf stipulation contraire ». La règle générale, par conséquent, est la libre transmission des créances, bien que les parties puissent accorder de la limiter en stipulant un pacte qui ainsi l'empêche. Le débat ne s'est donc pas centré sur la validité dudit pacte, puisque comme l'on vient de le signaler une telle validité est reconnue par l'article 1112, mais sur son efficacité* ».

¹¹⁷⁶ Ch. BOILLOT, « *L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires* », *RTD com.* 2010, p. 243.

¹¹⁷⁷ Th. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. I, op. cit., n° 34. En faveur d'une telle analyse bien que d'une manière implicite : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, op. cit., n° 359, p. 355 en ce sens qu'ils affirment que l'interdiction a pour effet de rendre la créance incessible, raison pour laquelle elle est discutée au regard du principe de la libre disposition des biens.

¹¹⁷⁸ Voir à propos de cette hypothèse en ce qui concerne les partisans de la nature réelle des clauses restrictives de la cessibilité en droit allemand : E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op. cit., n° 468, p. 284.

¹¹⁷⁹A. LUDOVIC-DESIRE, « *Régime juridique du transfert des créances* », http://www.academia.edu/7429944/Régime_juridique_du_transfert_de_créances, n° 239, p. 329 (consulté le 4 décembre 2014).

¹¹⁸⁰ B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, op. cit., n° 181-3, p. 155 s. qui affirme qu'une telle clause est un composant du rapport contractuel d'origine. Voir également : J. STOUFFLET, « *Cession et nantissement de créances par remise d'un*

A priori, on pourrait penser que ces auteurs adhèrent à la position de ceux qui défendent le caractère réel des clauses restrictives de cessibilité des créances ; néanmoins, ils ne concluent pas, contrairement à ceux-ci¹¹⁸¹, à l'impossible passage de la créance du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire. En effet, ce troisième groupe d'auteurs soutient que si la créance intègre le patrimoine du cessionnaire comme conséquence de la cession, celui-ci ne saurait pourtant pas se prévaloir d'une telle créance contre le débiteur. La raison en est simple : le débiteur pourrait opposer au cessionnaire la clause d'incessibilité à titre de moyen de défense. Autrement dit, la clause restrictive de cessibilité s'imposerait au cessionnaire en raison du principe d'opposabilité des exceptions¹¹⁸². Nous aurons l'occasion de revenir sur la portée de ce principe¹¹⁸³ mais à ce stade de l'étude, il suffira de signaler qu'il consiste dans la possibilité pour le débiteur d'invoquer, à l'encontre du cessionnaire, tous les moyens de défense qu'il aurait pu invoquer contre le cédant si la cession de créance n'avait pas eu lieu. L'idée est donc de garantir une adéquate protection du débiteur¹¹⁸⁴.

440. En définitive, il est possible d'identifier trois positions doctrinales différentes, en droit français, au sujet de la nature juridique des clauses d'incessibilité. Alors que les deux premières trouvent leur origine dans le débat classique concernant les clauses d'inaliénabilité en matière de biens corporels, la dernière semble propre au domaine du transfert de créance. La question se pose de savoir si un tel débat existe en droit colombien.

441. A cet égard, rappelons tout d'abord que le droit commun de la cession de créance en droit colombien ne prévoit aucune disposition générale concernant les clauses restrictives de libre

bordereau, Loi Dailly du 2 janvier 1981 », art. préc., spéc. n° 61 ; S. RAIMOND, « La cession de créance : le rôle du consentement du débiteur (projet, art. 1332 et 1335) », art. préc., p.117.

¹¹⁸¹ Cet aspect sera étudié au moment d'analyser le régime juridique particulier des clauses restrictives de la cessibilité des créances.

¹¹⁸² Voir en faveur de la possibilité de permettre au débiteur de se prévaloir de la clause restrictive de la cessibilité par le biais du principe de l'opposabilité des exceptions : S. RAIMOND, « La cession de créance : le rôle du consentement du débiteur (Projet, art. 1332 et 1335) », *Projet de Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, analyses et propositions*, M. Latina et G. Chantepie (dir.), Dalloz, 2015, p. 117. Par ailleurs, il est assez révélateur de la particularité des clauses restrictives de la cessibilité le fait que, même pour les auteurs qui défendent l'analyse personnelle de la stipulation d'indisponibilité, les clauses d'incessibilité de la créance feraient l'objet d'une exception : B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, op. cit., n° 181-6, p. 158-159 : « Car l'indisponibilité contractuelle, du fait de sa nature personnelle, ne saurait avoir une efficacité absolue lorsqu'elle porte sur des biens ou droits dont, nous l'avons dit, elle ne saurait modifier le contenu. Tel n'est cependant pas le cas lorsqu'elle porte sur ces biens d'un type nouveau que constituent les créances : l'indisponibilité contractuelle, engagement personnel, s'intègre alors au sein d'un rapport contractuel plus vaste, dont elle modifie nécessairement le contenu ».

¹¹⁸³ V. *infra* n° 500 s.

¹¹⁸⁴ B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, op. cit., n° 181-3, p. 155 et s. : « La stipulation d'incessibilité devrait bénéficier d'une efficacité renforcée au détriment du cessionnaire de la créance, alors qu'en droit commun, seule la connaissance présumée ou effective par l'acquéreur de l'engagement d'indisponibilité préexistant peut justifier la remise en cause du droit régulièrement acquis. Pour justifier la solution en droit, il nous suffit de rappeler que le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions inhérentes à la créance cédée, que la cession ait été réalisée selon les formes traditionnelles édictées par le Code civil ou par le recours à un bordereau Dailly (art. L. 313-29 CMF arg. a contrario). Or la clause d'incessibilité, composante du rapport contractuel d'origine, figure au nombre des exceptions que le débiteur cédé devrait pouvoir opposer au cessionnaire pour lui refuser le paiement ».

cessibilité. Par ailleurs, il est intéressant de relever que même si la discussion autour de la nature juridique des clauses restrictives de cessibilité s'avère moins significative en droit colombien qu'en droit français, étant donné que la plupart des auteurs colombiens ne se prononcent pas expressément à ce sujet en matière de cession de créance, elle paraît se poser dans des termes similaires. En effet, une partie de la doctrine colombienne semble favorable à une approche réelle des clauses d'incessibilité¹¹⁸⁵ alors qu'une autre partie paraît privilégier l'analyse personnelle¹¹⁸⁶. Toutefois, la position de la doctrine française selon laquelle les clauses restrictives de cessibilité auraient pour objet le façonnement ou la délimitation du contenu et du régime de la créance, à l'instar des modalités de l'obligation par exemple¹¹⁸⁷, n'a pas de partisan, à notre connaissance, parmi la doctrine colombienne.

442. Aucune des analyses suggérées n'emporte notre conviction. Le caractère personnel des clauses restrictives de libre cessibilité des créances devrait l'emporter sur le caractère réel. Cependant, le contenu de l'obligation de ne pas faire engendrée par lesdites clauses mérite d'être précisé. C'est justement sur ce point que réside l'originalité des clauses restrictives de cessibilité des créances. Mais avant d'approfondir cette réflexion, il convient en premier lieu d'évoquer les critiques émises à l'encontre des analyses exposées.

De prime abord, l'idée d'accorder aux clauses restrictives de cessibilité une nature réelle pourrait séduire. L'appréhension de la créance en tant que bien encourage une telle analyse. Toutefois, celle-ci découle de la vision unitaire de la cession de créance que nous écartons. Si les rapports entre le cédant, le cessionnaire et les tiers à la cession doivent être effectivement examinés à partir de l'analyse de la cession comme un acte translatif d'un bien incorporel¹¹⁸⁸, il n'en est pas de même en ce qui concerne les rapports entre ces derniers et le débiteur de la créance cédée. De tels rapports doivent être analysés en tenant compte du fait que la cession de créance opère une modification du lien

¹¹⁸⁵ Cela peut être déduit du fait que ces auteurs se prononcent contre la validité de ce type de clauses sur le fondement du principe de la libre disponibilité des biens. Plus précisément, ces auteurs affirment que le législateur est le seul autorisé à déterminer les biens qui se trouvent hors du commerce. De la sorte, ce ne serait pas possible pour les parties de le faire en se servant d'une clause d'inaliénabilité. On voit donc que pour ces auteurs, les clauses d'inaliénabilité frapperaient plutôt le bien au lieu de la personne. Il ne s'agirait effectivement pas d'affirmer l'existence d'une obligation de ne pas faire à l'encontre du cédant, mais de reconnaître que la clause porterait directement atteinte à l'un des caractères de sa créance, celui de sa libre cessibilité : M. MAHECHA LOPEZ, *Cesión de derechos*, *op. cit.*, p. 11. D'une manière générale à propos des clauses d'inaliénabilité : A. VALENCIA-ZEA et A. ORTIZ-MONSALVE, *Derecho civil*, t. I, *De las obligaciones*, *op. cit.*, §146, p. 401. Cette position peut se déduire également de la présentation des clauses d'incessibilité comme étant des stipulations qui rendent les créances intransmissibles : A. PEREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, vol. 3, part. II, *Clasificación, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones*, *op. cit.*, n° 479, p. 291-292 ; G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, *op. cit.*, n° 457, p. 298.

¹¹⁸⁶ F.-A. BONILLA-SANABRIA, « El nuevo régimen legal de las garantías mobiliarias », art. préc., n° 8, p. 10

¹¹⁸⁷ V. *supra* n° 439.

¹¹⁸⁸ Ainsi, la clause par laquelle un débiteur stipule en faveur de son créancier qu'il ne transmettra ou ne réalisera aucune opération sur l'une des créances dont il est à son tour créancier devra être analysée à la lumière du droit des biens et, plus précisément, à partir de l'idée des sûretés négatives. Voir en général à propos des sûretés négatives : R.-N. SCHUTZ, v. « Inaliénabilité », *Rép. civ.*, 2014, spec. n° 94.

juridique qu'est l'obligation. Ainsi, la conception selon laquelle les restrictions conventionnelles soustraient le caractère transmissible de la créance en sa qualité de bien incorporel doit être rejetée.

Quant à la conception particulière selon laquelle les clauses restrictives de cessibilité ne font qu'établir les contours de la créance ou façonner son régime à l'instar des clauses établissant, par exemple, les modalités de l'obligation, il est vrai qu'elle a le mérite de mettre en valeur la nature juridique de l'obligation en tant que lien personnel entre deux sujets de droit. Cependant, il paraît difficile d'assimiler ces clauses à celles fixant un terme ou une condition, à une clause d'arbitrage, ou encore à une clause attributive de juridiction. Certes, le terme et la condition, l'existence d'une pluralité de sujets ou le caractère facultatif ou alternatif de l'obligation s'imposent au cessionnaire de la même façon qu'ils s'imposeraient au créancier originaire si la cession n'avait pas eu lieu. La raison en est qu'il s'agit de modalités de l'obligation, autrement dit, de certaines particularités qui, sans relever de l'essence de l'obligation, en affectent pourtant son existence, son exigibilité ou sa durée¹¹⁸⁹. Dans la mesure où elles intègrent le droit de créance lui-même, le cessionnaire est tenu de les supporter en application de l'adage *nemo plus juris*¹¹⁹⁰, et non en raison de la règle de l'opposabilité des exceptions. Il en est de même en ce qui concerne les clauses d'arbitrage ou celles attributives de juridiction¹¹⁹¹. Néanmoins, les clauses restrictives de cessibilité n'ont pas pour objet de déterminer la manière dont le créancier ou son ayant cause à titre particulier peuvent faire valoir leur droit de créance. Elles ont pour but justement, de contester le droit de l'ayant cause sur la créance. Plus précisément, elles remettent en cause l'existence même du transfert. Ce faisant, comment serait-il possible que les clauses d'incessibilité se « transmettent » au cessionnaire si l'existence même du transfert est mise en question ?

Outre ces incohérences, une telle conception accorde une protection excessive au débiteur au détriment des intérêts du cessionnaire, alors qu'il existe d'autres moyens plus respectueux de la

¹¹⁸⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, *op. cit.*, V° « Modalités » : « 1. En un sens, technique de précision : particularité qui, affectant une obligation dans l'un de ses éléments, modifie les effets normaux de celle-ci, soit qu'elle en commande l'exigibilité (terme suspensif), l'extinction (terme extinctif), la naissance (condition suspensive), etc. » ; A.-S. BARTHEZ, « Régime général de l'obligation-condition et terme », obs. sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations, Jacques Ghestin (dir.), *LPA*, 3-4 sep. 2015, n° 176-177, p. 102.

¹¹⁹⁰ Nous reviendrons plus loin sur la portée du principe de l'opposabilité des exceptions. Pour le moment, il suffit de signaler qu'il a pour finalité de garantir que le débiteur d'une créance cédée pourra invoquer contre le cessionnaire les mêmes moyens de défense qu'il aurait pu opposer au cédant si la cession n'avait pas eu lieu, tels la remise en cause de l'existence de la créance, sa diminution ou même ses modifications.

¹¹⁹¹ Cette idée est confortée par le traitement accordé aux clauses d'arbitrage et celles attributives de juridiction : si celles-ci s'imposent au cessionnaire, cela s'explique par le fait qu'elles déterminent, d'une certaine manière, le régime de la créance. Plus précisément, elles établissent la façon par laquelle le créancier devra faire valoir son droit. C'est pourquoi elles s'imposent au cessionnaire : Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, *op. cit.*, n° 44, p. 30 : « Il convient de remarquer que ce n'est que par métaphore que l'on qualifie ces clauses d'accessoires de la créance. En soi, une clause ne se transmet pas, fût-ce à titre accessoire. Elle n'est qu'une stipulation et en tant que telle, ne peut être transmise ». A la différence des clauses restrictives de cessibilité, les clauses compromissaires n'ont pas pour effet de remettre en cause l'existence même du droit de créance en faveur du cessionnaire.

protection des intérêts du débiteur et du cessionnaire¹¹⁹². Le caractère excessif de la protection résulte du fait que le débiteur de la créance cédée pourrait invoquer une clause restrictive de cessibilité à l'encontre du cessionnaire indépendamment de la connaissance effective ou avérée de ladite stipulation par celui-ci¹¹⁹³.

Ce n'est donc qu'à partir de l'analyse de la cession en un acte modificatif qu'il est possible de déterminer la véritable nature juridique des clauses restrictives de libre cessibilité des créances.

b) L'analyse retenue

443. Comme nous l'avons évoqué précédemment, les clauses restrictives de cessibilité ont, à dire vrai, un caractère personnel. On est effectivement en présence d'une obligation de ne pas faire¹¹⁹⁴. Cependant, et contrairement à l'analyse classique proposée, les contours de cette obligation sont bien particuliers¹¹⁹⁵. En fait, l'obligation de ne pas faire engendrée par ce type de clause ne consiste pas dans l'interdiction faite au créancier de transférer la créance, bien incorporel, mais tout simplement dans l'interdiction de modifier unilatéralement l'obligation, lien personnel¹¹⁹⁶. Ainsi, en stipulant une telle clause, le débiteur ne cherche qu'à se protéger contre le risque de voir sa situation aggravée comme conséquence du changement de créancier opéré par la cession. Un tel risque est loin d'être illusoire comme nous avons eu l'occasion de le montrer¹¹⁹⁷.

444. Cette précision relative au véritable objet des clauses restrictives de cessibilité n'a pas qu'un intérêt théorique. Parce qu'elles n'ont pas pour objet de restreindre la libre disponibilité d'un bien¹¹⁹⁸, il ne s'avère pas pertinent, par exemple, d'analyser leur validité au regard, respectivement, des articles 537 et 669 des Codes civils français et colombien concernant précisément le principe de libre disponibilité des biens¹¹⁹⁹.

¹¹⁹² Nous aurions l'occasion de montrer que l'inopposabilité de la cession dans l'hypothèse de la connaissance de la clause par le cessionnaire suffit à garantir une protection au débiteur de la créance cédée. Celui-ci n'a qu'à stipuler une telle clause dans le contrat ou dans l'acte juridique source de la créance. Mais afin de rendre efficace ou plus vraisemblable la connaissance de la clause par le cessionnaire, il faudrait exiger la remise du document constatant la créance.

¹¹⁹³ V. *infra* n° 458 s.

¹¹⁹⁴ V. *supra* n° 442.

¹¹⁹⁵ Tel qu'il a été souligné par un auteur, l'un des mérites de l'analyse personnelle des clauses d'inaliénabilité en général est qu'elle permet d'appréhender aisément la diversité des clauses qui peuvent être envisagées par les parties : Ph. CHAUVIRE, « *Voyage sur les terres de l'inaliénabilité conventionnelle* », art. préc., p. 161.

¹¹⁹⁶ Voir en ce sens et à propos de la disposition relative aux clauses d'incessibilité dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations : M. JULIENNE, « cession de créance : transfert d'un bien ou changement de créancier ? », art. préc., p. 249 et s.

¹¹⁹⁷ V. *supra* n° 390 et s.

¹¹⁹⁸ En faveur de cette analyse en droit français : J. FRANÇOIS, *Traité de Droit civil, Les obligations*, t.IV, Régime général, 3^e éd., *op. cit.*, n° 350-1, p. 383-384. Certains arrêts se prononçaient en ce sens : Cass. civ. 6 juin 1853, DP 1853, 1, p. 191, S. 1853, p. 619.

¹¹⁹⁹ À ce propos et en ce qui concerne le droit français : M. JULIENNE, « cession de créance : transfert d'un bien ou changement de créancier », art. préc., p. 72 : « *Si la cession de créance était un banal transfert de propriété, les clauses d'incessibilité devraient être annulées comme constituant une atteinte illégitime au principe de libre disponibilité des biens posé par l'article 537 du Code civil, sauf à se plier*

En outre, cette vision renouvelée de la nature juridique des clauses restrictives de cessibilité pourrait être utile à la compréhension du rapport entre les restrictions conventionnelles à la libre cessibilité des créances et la saisissabilité des créances¹²⁰⁰.

De plus, les précisions que nous venons d'exposer à propos de la nature juridique des clauses restrictives de cessibilité des créances peuvent nous aider à déterminer la sanction la plus opportune en cas de réalisation de la cession en violation d'une telle clause. En définitive, c'est précisément parce que les clauses restrictives de cessibilité ont une nature juridique particulière que leur régime présente une certaine originalité.

2- Pour un régime particulier des clauses restrictives de cessibilité

445. Afin de montrer que les clauses restrictives de cessibilité méritent effectivement un traitement particulier, nous nous concentrerons principalement sur deux aspects. En premier lieu, on notera qu'il s'agit de clauses dont la validité ne doit pas, en principe, être remise en question (a). En second lieu, on relèvera que la sanction, en cas de réalisation de la cession en violation d'une clause restrictive de cessibilité, devrait être l'inopposabilité de la cession au débiteur. Cependant, compte tenu de l'objet particulier d'une telle clause, l'inopposabilité devrait être conditionnée à la connaissance de la clause par le cessionnaire (b).

a) Le principe de validité des clauses

446. Comme nous l'avons déjà évoqué¹²⁰¹, tout milite, en droit français comme en droit colombien, pour la validité des restrictions conventionnelles à la libre cessibilité des créances. Certes, les arguments esquissés en faveur d'une telle validité varient d'un système juridique à l'autre, mais il ne s'agit pas d'arguments opposés. Bien au contraire, les différentes raisons invoquées sont complémentaires.

aux conditions de son article 900-1 (...). L'article 1332, alinéa 4, ne se comprend pas si l'on y voit une atteinte aux pouvoirs d'un propriétaire mais s'explique sans mal si l'on y voit une interdiction faite au créancier de modifier unilatéralement le lien de droit qui l'unit au débiteur ».

¹²⁰⁰ Voir à propos de cette question : M. JULIENNE, « Cession de créance : transfert d'un bien ou changement de créancier ? », *ibidem*, qui laisse entendre que la clause d'incessibilité n'interdirait pas nécessairement la saisie de la créance dans la mesure où le changement de créancier opéré par cette dernière n'est pas la conséquence d'un acte volontaire du créancier. D'autres auteurs s'occupent aussi d'une manière générale de la question de déterminer le rapport entre l'insaisissabilité et l'inaliénabilité : Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, *op. cit.*, n° 400 s, p. 406 s ; B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, *op. cit.*, n° 181-3, p. 155, spéc. note 4 où l'auteur souligne la Cour de cassation a précisé la portée de l'article 43 alinéa 1^{er} de la loi du 9 juillet 1991 concernant les effets d'une saisie attribution afin de remarquer que l'indisponibilité de la créance ne fait pas obstacle à la validité de la saisie, mais prive celle-ci de l'effet attributif qui lui est normalement attribué ; Ph. CHAUVIRE, « Voyage sur les terres de l'inaliénabilité conventionnelle », art. préc., p. 171 : « Cette analyse consistant à associer inaliénabilité et insaisissabilité a été reçue de longue date par la jurisprudence (...) L'exclusion pure et simple du bien inaliénable du commerce juridique implique nécessairement son insaisissabilité. Cette solution paraît pourtant critiquable. D'abord, il n'existe pas de lien nécessaire entre inaliénabilité et insaisissabilité ». Voir égal. M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, LGDJ, 2017, n° 166, p. 108 : « On peut encore se demander si une clause d'incessibilité interdirait la constitution d'un nantissement de créances, ce qui serait assez facile à admettre, ou encore la saisie de la créance par un tiers, ce qui serait moins évident dans la mesure où le changement de créancier n'est alors pas volontaire ».

¹²⁰¹ V. *supra* n° 367 et s.

Il est notamment possible d'affirmer que la validité de telles clauses repose sur le principe de la liberté contractuelle¹²⁰², lequel n'entre pas en conflit avec le principe de la libre disposition des biens. En effet, nous avons montré que l'objet de ce type de clauses n'est autre que d'interdire au créancier de modifier unilatéralement le lien d'obligation¹²⁰³. Il reste alors à déterminer si leur validité est conditionnée ou non à la démonstration d'un intérêt légitime et sérieux du débiteur de la créance cédée, ainsi qu'une durée limitée dans le temps¹²⁰⁴; à l'instar de ce qui est exigé pour les clauses d'inaliénabilité de biens corporels tel que le prévoit l'article 900-1 du Code civil français¹²⁰⁵.

La question ne semble se poser qu'en droit français¹²⁰⁶, le législateur colombien ayant gardé silence à ce propos. Cependant, une telle interrogation n'est pas complètement étrangère au droit colombien. En effet, certains auteurs affirment, sans approfondir la question, que malgré la validité des clauses restrictives de cessibilité, celles-ci doivent répondre, dans tous les cas, à un intérêt légitime du débiteur de la créance. Ainsi présentée, cette position évoque, nous semble-t-il, l'idée de la validité conditionnée des clauses objet de cette étude¹²⁰⁷.

¹²⁰² F.-X. LICARI, « L'incessibilité conventionnelle de la créance, Le *pactum de non cedendo*, de l'École des Pandectes à la loi relative aux nouvelles régulations économiques », 1^{ère} partie, art. préc., n° 10 s, p. 76 s. qui considère pourtant que la clause d'incessibilité rend impossible que la créance soit l'objet d'un contrat.

¹²⁰³ V. *supra* n° 443.

¹²⁰⁴ Certains auteurs laissent entendre, sans approfondir l'analyse, que la validité des clauses d'incessibilité en droit français serait admissible à condition de vérifier ces deux éléments : E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, *op.cit.*, n° 459, p. 279 : « Une interdiction contractuelle de céder la créance se heurte, selon la doctrine, contre le principe de liberté contractuelle. Serait admis sible une limitation temporelle, à condition qu'il y ait un intérêt légitime ».

¹²⁰⁵ V. *supra* n° 369. Il convient de souligner qu'en matière de clauses de non-concurrence, archétype de l'obligation de ne pas faire, la jurisprudence française a conditionné leur validité à la démonstration d'un intérêt légitime et à leur limitation dans l'espace et dans le temps. Plus encore, et de façon dérogatoire au droit commun de la preuve, c'est au bénéficiaire de la clause d'inaliénabilité ou de la clause de non-concurrence de prouver que son intérêt est sérieux et légitime : Cass. civ. 1^{er}, 15 juin 1994, *D.* 1995, JP, p. 342, note A. Leborgne ; *D.* 1995, Som. P. 50, obs. M. Grimaldi ; *RTD civ.* 1995, p. 919, obs. F. Zenati-Castaing ; *RTD civ.* 1995, p. 666, obs. J. Patarin ; F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 9^e éd., Dalloz, 2014, n° 131, p. 142 : « Le renversement de la charge de la preuve se justifie par la sauvegarde du principe fondamental de la libre disposition des biens, la restriction à cette liberté ne pouvant être que l'exception ». Ces derniers auteurs signalent qu'il n'est pas nécessaire que l'intérêt justifiant la clause d'inaliénabilité soit énoncé dans l'acte, mais qu'il suffit que la preuve extrinsèque soit rapportée (*op. cit.*, n° 131, p. 142, note 2). Voir également à propos de la charge de la preuve : F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, n° 37, p. 80 : « Il incombe à celui qui se prévaut d'une clause d'inaliénabilité d'établir la réalité de l'intérêt sérieux et légitime, serait-il défendeur, ce qui déroge donc aux règles ordinaires de preuve, en raison de ce que la clause d'inaliénabilité déroge au principe de libre disposition des biens. Et les juges apprécient souverainement la pertinence du motif, par une démarche consistant, logiquement, en une pesée des intérêts en présence. Si la clause n'est pas valable, elle sera réputée non écrite, sauf si elle est la cause impulsive et déterminant de l'acte, auquel cas celui-ci sera nul dans son entier ».

¹²⁰⁶ Voir cependant : O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, art. 1321, p. 639, note 26 qui affirment que l'article 1321 ne permet pas d'affirmer que la validité des clauses d'incessibilité est inconditionnée et qui se demandent précisément s'il est nécessaire que la clause soit limitée dans le temps ou justifiée par un intérêt légitime.

¹²⁰⁷ F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, *op. cit.*, n° 332, p. 432 qui affirme la validité de telles clauses pourvu qu'elles obéissent à un intérêt légitime du débiteur, sans préciser pourtant si une telle légitimité doit être présumée ou prouvée. La question relative à l'intérêt légitime du débiteur comme condition de la validité de la clause d'incessibilité est également objet de débat en droit italien : M.-E. CAMACHO LOPEZ, *Cesión de créditos : del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, *op. cit.*, p. 378-380.

447. La condition de l'intérêt sera toujours remplie puisque le débiteur s'expose à des risques bien réels d'aggravation de sa situation comme conséquence de la cession de créance¹²⁰⁸. Il dispose donc de raisons suffisantes pour s'opposer ou limiter la modification unilatérale de l'obligation par changement de créancier. Le caractère légitime et sérieux d'un tel intérêt ne paraît donc pas nécessaire à démontrer¹²⁰⁹. Une telle analyse semble d'ailleurs confortée par le nouvel article 1321, alinéa 4 issu de l'ordonnance du 10 février 2016 qui n'exige pas que de telles conditions soient réunies pour la validité des clauses mentionnées. Répétons-le, en stipulant une clause restrictive de cessibilité de créance, le débiteur peut bénéficier d'un avantage pour organiser de manière rationnelle le paiement des créances. Il peut aussi vouloir garder le contenu du contrat secret. Enfin, comme le soulignent certains auteurs, l'existence d'une longue relation d'affaires et d'une confiance particulière entre les parties peuvent constituer une raison déterminante pour stipuler une clause restrictive de cessibilité¹²¹⁰. Il reviendrait donc au créancier-cédant, qui remet en question la validité de la clause restrictive de cessibilité, de prouver qu'une telle clause ne répond pas à un intérêt légitime du débiteur et qu'elle est le résultat d'un exercice abusif de son droit par celui-ci¹²¹¹.

D'autre part, mais il s'agit d'une autre problématique, la validité d'une clause restrictive de cessibilité devrait être remise en cause dans l'hypothèse d'une fraude commise par le cédant et le débiteur ; pensons à l'exemple de la stipulation d'une telle clause postérieurement à la date de la cession pour faire échec aux droits du cessionnaire.

448. Quant à l'encadrement temporel, seconde condition exigée pour la validité des clauses d'inaliénabilité dans le domaine des biens corporels et aussi celle des clauses de non concurrence¹²¹²,

¹²⁰⁸ V. *supra* n° 392 et s.

¹²⁰⁹ V. expressément en ce sens : F.-X. LICARI, « L'incessibilité conventionnelle de la créance, Le *pactum de non cedendo*, de l'Ecole des Pandectes à la loi relative aux nouvelles régulations économiques », 1^{re} partie, art. préc., n° 5, p. 71 : « Le débiteur a donc un intérêt légitime à négocier ou à imposer dans ses conditions générales d'affaires l'incessibilité de la créance ». Voir implicitement en ce sens : B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, *op. cit.*, n°181-3 : « Appelée à satisfaire un intérêt légitime, de surcroît éminemment temporaire du fait de la durée de vie elle-même brève des créances qui en font l'objet, l'incessibilité conventionnelle des créances apparaît d'une validité incontestable. Cette validité est d'ailleurs implicitement admise par le Code civil lui-même qui, aux termes de l'article 1717, reconnaît au preneur à bail le droit « de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite ». Rapp. Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse préc., t. I., n° 34, p. 65 : « D'autre part, tout droit de créance suppose un rapport d'obligation de créancier à débiteur et cela démontre suffisamment l'intérêt que peut avoir un débiteur à stipuler que le droit que son créancier a contre lui ne soit pas susceptible de transmission entre vifs ».

¹²¹⁰ A. LUDOVIC-DESIRE, « Régime juridique du transfert des créances », http://www.academia.edu/7429944/Régime_juridique_du_transfert_de_créances, n° 233, p. 321 (consulté le 4 décembre 2014).

¹²¹¹ Cependant certains auteurs semblent considérer qu'il conviendrait de vérifier effectivement l'intérêt sérieux du débiteur : B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats*, *op.cit.*, n° 1076, p. 268 : « Si la créance ne tombe pas dans le champ d'application d'une disposition prévoyant une cessibilité légale, elle peut être stipulée incessible sous réserve d'être justifiée par un intérêt sérieux et d'être limitée dans le temps conformément aux exigences mises par le droit commun à la validité des clauses d'inaliénabilité. Elle peut l'être au ssi indirectement si elle n'a été consentie au cédant qu'en considération de sa personne ».

¹²¹² Voir en ce sens, par exemple : M.-L. IZORCHE, « Validité et violation d'une clause de non-concurrence insérée dans le contrat d'un agent commercial », *D.* 2000, p. 317.

archétype des clauses ayant pour objet une obligation de ne pas faire, la question se pose de savoir si une telle condition doit être aussi exigée dans le domaine des clauses restrictives de cessibilité des créances. Nous ne le pensons pas. Une telle exigence ne s'avère pas nécessaire car la créance est un droit censé avoir une durée limitée¹²¹³.

449. Si la reconnaissance de la validité des restrictions conventionnelles à la libre cessibilité des créances est fondamentale, elle ne suffit pourtant pas à garantir une adéquate protection du débiteur. Il convient encore de s'interroger sur les conséquences à l'égard du débiteur de la violation d'une telle clause. Différentes solutions peuvent être envisagées : de la nullité de la cession à son inopposabilité, en passant par la responsabilité civile. L'opposabilité de la clause restrictive au cessionnaire en vertu du principe de l'opposabilité des exceptions peut aussi être envisagée. Cependant, en raison de la nature juridique particulière des clauses restrictives de cessibilité¹²¹⁴, la sanction en cas de leur violation participe de la même originalité. Si l'objet de telles clauses est d'interdire au créancier la faculté de modifier unilatéralement l'obligation, et non celui d'interdire la libre circulation d'un bien, l'inopposabilité de la cession conclue en violation d'une telle clause s'avère plus pertinente que la nullité de la cession. En outre, la sanction visant l'opposabilité absolue de la clause restrictive au cessionnaire sur le fondement du principe de l'opposabilité des exceptions présente des difficultés théoriques et pratiques importantes.

Toutefois, l'inopposabilité de la cession au débiteur doit être conditionnée, dans tous les cas, à la connaissance de la clause restrictive de cessibilité par le cessionnaire. La cessibilité d'une créance étant le principe, la nécessité de ne pas porter atteinte aux intérêts légitimes du cessionnaire militent en faveur de cette exigence.

Afin d'éclairer notre propos, une précision s'impose quant à l'expression « inopposabilité de la cession » employée dans les développements suivants. Comme on le sait, le débiteur n'est pas, en réalité, un tiers à la cession¹²¹⁵. En conséquence, la cession n'est pas destinée à lui être opposable ou inopposable dans le sens où on l'on entend classiquement¹²¹⁶. Nous adoptons

¹²¹³ B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, op. cit., n° 181-3, p. 155 ; A. LUDOVIC-DESIRE, « Régime juridique du transfert des créances », http://www.academia.edu/7429944/Régime_juridique_du_transfert_de_créances, n° 223, p. 306 (consulté le 4 décembre 2014). Voir une position contre l'application de l'article 537 ou de l'article 900-1 C. civ. en matière de clauses d'incessibilité des créances : X. LICARI, « L'incessibilité conventionnelle de la créance, Le *pactum de non cedendo*, de l'Ecole des Pandectes à la loi relative aux nouvelles régulations économiques », 1^{re} partie, art. préc., n° 7, p. 74 s.

¹²¹⁴ V. *supra* n° 443.

¹²¹⁵ V. *supra* n° 353 et s.

¹²¹⁶ En effet, le terme « opposabilité » est utilisé classiquement en matière contractuelle afin de préciser que même si l'effet obligatoire du contrat n'a lieu qu'à l'égard des parties, les tiers sont tenus de respecter un tel contrat en vertu du principe de l'opposabilité. Voir en ce sens : F. PETIT, « Réflexions sur la sécurité dans la cession de créance dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *D.* 2006, n° 41, 2819, spéc. n° 21 : « *Ce faisant, il est possible de douter de l'adaptation du terme « opposabilité » à la situation du débiteur cédé dans la mesure où elle renforce considérablement sa situation* » ; Ch. GIJSBERS, « Le nouveau

cette expression par commodité de langage. Cependant, le terme « inopposabilité » est ici utilisé pour désigner le fait que la cession ne produit pas d'effet modificatif de l'obligation à l'égard du débiteur.

b) Pour une sanction de la violation des clauses par l'inopposabilité

450. Parmi les différentes solutions proposées afin de sanctionner la violation d'une clause restrictive de cessibilité stipulée en faveur du débiteur d'une créance, l'inopposabilité de la cession au débiteur présente des avantages indéniables (i). Cependant, il ne semble pas pertinent d'admettre de manière absolue une telle inopposabilité. La connaissance de la restriction conventionnelle par le cessionnaire doit être prise en compte afin de garantir une meilleure protection des intérêts en jeu (ii).

i) *Les avantages de l'inopposabilité*

451. La question relative à la sanction applicable en cas de réalisation de la cession de créance en violation d'une clause restrictive de cessibilité suscite un important débat, surtout au sein de la doctrine française. Différentes sanctions peuvent être envisagées en fonction de la nature juridique accordée aux clauses restrictives de cessibilité. Elles peuvent être regroupées en trois catégories : la première est constituée par les sanctions relatives à la responsabilité civile ; la deuxième comprend les sanctions concernant la validité de la cession ; la troisième rassemble les sanctions visant l'efficacité de la cession. Afin de justifier notre position en faveur de l'inopposabilité de la cession au débiteur, quelques remarques relatives à ces différentes catégories s'imposent avant de procéder à leur critique.

452. En ce qui concerne la première catégorie, sont envisagées, d'une part, la responsabilité civile contractuelle du cédant pour inexécution ou violation du pacte restrictif de cessibilité de la créance et, d'autre part, la responsabilité civile extracontractuelle du cessionnaire pour se rendre complice d'une telle inexécution. Plus précisément, la proposition tend à affirmer que la cession conclue en violation d'une clause restrictive de cessibilité serait efficace dans tous les cas et à tous égards. La seule protection accordée au débiteur résiderait donc dans la possibilité d'engager la responsabilité civile contractuelle et extracontractuelle selon qu'il s'agisse du cédant ou du cessionnaire. Si aucune disposition ne traite de la question expressément en droit français, il n'en est pas de même en droit colombien. En effet, l'article 26 de la loi du 20 août 2013 relative aux garanties

visage de la cession de créance », art. préc., p. 52 : « On peut en revanche regretter l'utilisation du terme « opposabilité » qui méconnaît le fait que la cession a un retentissement direct sur la situation juridique du débiteur cédé puisqu'elle l'engage envers un nouveau créancier ».

mobilières¹²¹⁷ consacre une telle solution dans le domaine de la cession de créance à titre de garantie. Cette sanction est inspirée de la Convention des Nations Unies sur la cession de créance dans le commerce international¹²¹⁸.

453. Quant à la deuxième catégorie, elle concerne la sanction relative à la nullité de la cession de créance conclue en violation d'une clause d'incessibilité. Une telle conclusion s'impose si on accepte que la clause d'incessibilité touche directement la créance en tant que bien. En effet, si on considère que la clause rend la créance incessible, la cession aurait pour objet un bien hors du commerce, autrement dit, le contrat serait entaché d'un vice susceptible d'entraîner sa nullité¹²¹⁹. Il s'agit d'ailleurs de la sanction prévue par certaines législations étrangères, comme le droit allemand¹²²⁰. Une telle sanction est également proposée dans plusieurs instruments internationaux¹²²¹ et le doute existe en droit français à propos de la consécration de cette sanction par l'ordonnance du 10 février 2016¹²²².

454. S'agissant enfin de la troisième catégorie, elle regroupe différentes solutions qui ont toutes en commun de se placer sur le terrain de l'efficacité de la cession. Elles supposent que malgré la validité de la cession, celle-ci ne produise pas d'effets à l'encontre du débiteur. Trois solutions peuvent alors être identifiées.

Selon une première solution, la cession de créance réalisée au mépris d'une clause d'incessibilité devrait être déclarée inopposable au débiteur, indépendamment de la connaissance de la clause par le cessionnaire¹²²³.

¹²¹⁷ Il s'agit de la loi 1676 du 20 août 2013.

¹²¹⁸ Plus précisément, l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international prévoit que l'efficacité de la cession conclue en violation d'une clause limitative de la cessibilité (art. 9-1) n'a pas d'incidences sur les obligations ou la responsabilité du cédant découlant de la violation d'une telle convention (art. 9-2).

¹²¹⁹ Voir à propos du rapport entre la nature réelle de la stipulation d'indisponibilité en général et la sanction de nullité : B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, *op. cit.*, n° 289, p. 254. Cependant, il faut souligner que cet auteur défend la thèse selon laquelle la nullité pourrait être appréhendée en tant que moyen de garantir l'exécution en nature : « *Seule en conséquence la nullité réalise un véritable retour à la situation initiale : elle rétablit les parties dans l'intégralité de leurs droits et obligations réciproques, tels qu'ils avaient été fixés par le contrat d'indisponibilité* » (*op. cit.*, n° 293, p. 257-258) ; Ph. CHAUVIRE, « voyage sur les terres de l'inaliénabilité conventionnelle », art. préc., p. 167.

¹²²⁰ En effet, en droit allemand la clause d'incessibilité a une nature réelle. Autrement dit, une telle stipulation rend la créance complètement incessible. De la sorte, la cession conclue en violation d'une telle clause est nulle : E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, *op. cit.*, n° 467 s, p. 283 s.

¹²²¹ Par exemple, l'article 9.1.9 (2) des Principes d'Unidroit dispose que la cession d'une créance autre que d'une somme d'argent est nulle si elle est conclue en violation d'une clause restrictive de la cessibilité. Cependant, il est à souligner qu'en cas de créance de somme d'argent, la sanction n'est pas la nullité de la cession sinon l'éventuelle responsabilité du cédant envers le cédé pour l'inexécution du contrat.

¹²²² V. *supra* n° 375 et s.

¹²²³ Voir à propos de cette éventuelle solution en raison du silence du législateur relatif à la sanction applicable en cas de violation d'une clause d'incessibilité conformément au nouvel article 1321, al. 4 issue de l'ordonnance du 10 février 2016 : E. FREMEAUX et M. JULIENNE, « La circulation des obligations issues du contrat », *JCP N*, 28 avril 2017, n° 17, 1166, spéc. n° 17.

Une deuxième solution préconise de conditionner l'opposabilité de la cession au débiteur à la connaissance de la clause restrictive par le cessionnaire¹²²⁴. En d'autres termes, si le cessionnaire n'a pas une connaissance effective et réelle de la clause d'incessibilité, le débiteur ne peut invoquer celle-ci à son encontre¹²²⁵. Cette solution se justifierait à la lumière du principe de l'effet relatif des conventions. La Cour de cassation française a défendu cette position, même si elle envisage la problématique d'un autre point de vue. En effet, afin de décider du sort d'une cession conclue en violation d'une restriction conventionnelle à la libre cessibilité, elle s'est interrogée à propos de l'opposabilité de la clause restrictive à l'égard du cessionnaire. Elle a finalement décidé que la clause restrictive de cessibilité était inopposable au cessionnaire dès lors qu'il ne l'avait pas acceptée. Par conséquent, la cession devait produire tous ses effets à l'encontre du débiteur. Mais ce n'est pas parce qu'une personne n'accepte pas une clause contractuelle qu'elle n'est pas tenue de respecter le contrat en tant que fait juridique. Ici réside précisément l'intérêt de la règle de l'opposabilité des conventions aux tiers. La position de la Cour reflète donc une vision dépassée du principe de l'effet relatif du contrat¹²²⁶. En outre, il paraît illusoire d'exiger l'acceptation de la clause restrictive de cessibilité par le cessionnaire pour qu'une telle clause puisse lui être opposée¹²²⁷.

Selon une troisième solution, adoptée actuellement par la jurisprudence française¹²²⁸, la cession conclue en violation d'une clause restrictive de cessibilité serait dans tous les cas inopposable

¹²²⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, op. cit., n° 359, p. 355-356 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, op. cit., n° 292, p. 309-310.

¹²²⁵ M. BILLIAU, note sous Cass. com. 21 nov. 2000, n° 97- 16874, *Deffrénois*, 2001, n° 10, p. 635, spéc. n° 7. Voir d'une manière générale à propos du rôle de la connaissance pour l'opposabilité des actes juridiques : J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, op. cit., n° 740 s, p. 796 s.

¹²²⁶ M. BILLIAU, *La transmission des créances et des dettes*, op. cit., n° 20, p. 21 : « Cette solution ne paraît pas propre à la cession « Dailly » qui ne comporte aucune disposition imposant la libre cessibilité des créances. Elle est cependant peu justifiable en droit, car elle repose sur une conception dépassée du principe de la relativité des conventions. En effet, si les contrats n'obligent que les parties, ils n'en sont pas moins opposables aux tiers. Les parties peuvent donc adopter telles stipulations qui les agréent et en imposer le respect aux tiers, sans pour autant que ceux-ci soient obligés par celles-ci. En refusant, sans nuance, c'est-à-dire sans tenir compte d'une éventuelle connaissance de la clause stipulée entre le créancier et le débiteur limitant la cessibilité des créances, de lui faire produire ses effets à l'égard des tiers, la Chambre commerciale méconnaît le principe d'opposabilité, qu'elle applique pourtant par ailleurs, ainsi que d'autres chambres » ; B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, op. cit., n° 181-3, p. 156.

¹²²⁷ B. RAYNAUD, *La stipulation d'indisponibilité*, *ibidem*, n° 181-3, p. 156 : « La décision semble confondre effet relatif et opposabilité : ce n'est pas parce que la banque n'était pas partie au contrat initial qu'il ne pouvait, le cas échéant, lui être opposable. La décision soumet l'opposabilité de la clause à une exigence d'acceptation qui est particulièrement sévère, presque surréaliste (un cessionnaire Dailly peut-il sérieusement accepter une clause d'agrément ou d'incessibilité des créances venant en garantie du crédit qu'il octroie ?) (...) il serait plus conforme au droit commun régissant la matière, d'exiger seulement la connaissance par le cessionnaire de la stipulation d'incessibilité » ;

¹²²⁸ En effet, par un arrêt de sa chambre commerciale en date du 22 octobre 2002, la Cour de cassation a jugé « que le débiteur cédé qui n'a pas accepté la cession de créance peut opposer à l'établissement de crédit cessionnaire les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le cédant ; qu'ayant constaté que la société Clémessy avait interdit à la société Sobati toute cession de créance, la cour d'appel, qui a également constaté que la société Clémessy avait, en réponse à la notification, adressée par la banque, de la cession pratiquée par la société Sobati, manifesté son opposition à tout paiement au profit de la banque, a justement décidé que la société Clémessy pouvait opposer au banquier cessionnaire, l'irrégularité de la cession de créances consentie par la société Sobati » : Cass. com. 22 octobre 2002, n° 99-14793, inédit ; *RTD civ.* 2003, p. 129, obs. P. Crocq. Les juges du fond semblent également favorables à cette position : C.A. Metz, 23 mars 2005, *Juris-Data* n° 2005- 275627 où les juges décident que « Le débiteur cédé d'une créance professionnelle qui n'a pas accepté la cession peut opposer sur le fondement de l'article L. 313-29 du Code monétaire et financier les exceptions tirées de ses rapports personnels avec le cédant. Doit être considérée comme une exception opposable l'irrégularité de la cession en contradiction avec la clause exigeant l'agrément préalable à toute cession de créance stipulée dans les conditions générales du débiteur cédé. La banque cessionnaire ne saurait arguer du principe de l'effet relatif des contrats prévu par l'article 1165 du Code civil, ou soutenir qu'elle n'avait pas connaissance de cette clause. Si l'article L. 442-6 du Code de

au débiteur de la créance cédée. Celui-ci pourrait en effet invoquer d'une manière absolue la clause restrictive contre le cessionnaire en vertu du principe de l'opposabilité des exceptions, car une telle stipulation intégrerait le droit de créance lui-même¹²²⁹. On peut donc constater qu'il s'agit d'une solution différente de celle appliquée dans le cas de la violation d'une clause d'inaliénabilité d'un bien corporel prévue à l'article 900-1 du Code civil. Rappelons que dans cette dernière hypothèse, la sanction applicable est la nullité de l'acte de disposition conclu malgré l'existence d'une clause d'inaliénabilité, et ce indépendamment de la bonne foi du tiers acquéreur¹²³⁰.

455. Parmi les différentes catégories proposées, l'inopposabilité de la cession au débiteur de la cession conclue en violation d'une clause restrictive de cessibilité nous paraît être la sanction la plus pertinente¹²³¹. En effet, les sanctions impliquant la responsabilité civile et la nullité de la cession suscitent d'importantes réserves.

S'agissant de la sanction de la violation d'une clause restrictive par le biais de la responsabilité civile¹²³², il s'agit, à notre avis, d'une protection insuffisante, et ce pour deux raisons. D'abord, il n'est pas sûr que le débiteur puisse engager la responsabilité du cédant d'une manière automatique. En effet, la lecture des dispositions qui ouvrent la voie à une telle sanction, comme c'est le cas en droit colombien ou dans la Convention de Nations Unies sur la cession de créance, laisse seulement entendre qu'une telle responsabilité peut être engagée. La question reste de savoir si le débiteur doit prouver un préjudice ou si, en revanche, la seule violation de la clause entraîne la responsabilité du cédant. Ensuite, la possibilité pour le débiteur d'engager la responsabilité du cessionnaire est presque illusoire. Tant le droit colombien¹²³³ que la Convention de Nations Unies sur

commerce tel que modifié par la loi du 15 mai 2001, prohibe désormais de telles clauses, la validité de la clause objet du présent litige ne saurait être remise en cause, dès lors qu'elle résulte d'une situation antérieure à cette loi ».

¹²²⁹ V. *supra* n° 439. Outre les auteurs cités dans les pages précédentes, v. J. STOUFFLET, « Cession et nantissement de créances par remise d'un bordereau, Loi Dailly du 2 janvier 1981 », *J.-Cl. Banque - Crédit - Bourse*, fasc. 570, 1997 (maj, jan. 2016), n°61: « La cession réalisée par bordereau, pas plus que celle opérée selon les techniques du droit civil, ne modifie le contenu de l'obligation ni celui de l'acte juridique qui en est la source. Sauf dans le cas où une clause est interdite par la loi (V. *supra* n° 42) si un contrat contient une clause de non-cession du prix stipulé, le débiteur peut s'en prévaloir pour refuser de payer un cessionnaire (V. toutefois en sens contraire l'article 6 de la Convention d'Ottawa du 28 mai 1988 sur l'affacturage international). À moins qu'il ait donné son acceptation dans les formes prévues à l'article 6 de la loi de 1981, il incombe au bénéficiaire du bordereau de prouver, si elle est contestée, l'existence de la créance et ceci, même si la cession a été notifiée. Le débiteur peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu faire valoir à l'encontre du cédant. Il en est de même en cas d'utilisation du bordereau à des fins de nantissement ». Par ailleurs, il s'agissait de la conception défendue dans l'avant-projet de réforme Catala (article 1257, alinéa 2) ; S. RAIMOND, « La cession de créance : le rôle du consentement du débiteur (projet, art. 1332 et 1335) », art. préc., p.117.

¹²³⁰ F. DANOS, « La diversité des restrictions conventionnelles au droit de disposer », art. préc., n° 1, p. 158.

¹²³¹ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 858, p. 735.

¹²³² Il s'agit également d'une solution préconisée par certains auteurs en droit chilien par exemple : R. ABELIUK MANASEVICH, *Les obligaciones*, t. II, 3^e éd., Editorial Temis, Editorial jurídica de Chile, 1993, n° 1053, p. 865.

¹²³³ En ce sens, l'article 26, alinéa 3 de la loi du 20 août de 2013 : « Le cessionnaire ou le créancier garanti n'engage aucunement sa responsabilité pour le seul fait d'avoir eu connaissance dudit accord (celui concernant la restriction conventionnelle à la libre cessibilité de la créance) ».

la cession de créance¹²³⁴ disposent que pour engager la responsabilité du cessionnaire il ne suffit pas de démontrer que celui-ci avait connaissance de la clause restrictive. Il conviendrait donc de conclure que le débiteur doit démontrer la fraude afin d'engager la responsabilité du cessionnaire. De plus, le débiteur pourrait toujours courir le risque de se retrouver face à une personne insolvable¹²³⁵, soit le cédant, soit le cessionnaire, ce qui conforte l'idée que la responsabilité civile ne s'avère pas complètement efficace en tant que sanction exclusive en cas de violation de clauses restrictives de cessibilité¹²³⁶.

Quant à la sanction consistant dans la nullité de la cession, deux critiques peuvent être formulées. En premier lieu, la nullité s'accorde mal avec la nature juridique que nous reconnaissons aux clauses restrictives de la cessibilité : ces clauses restrictives n'ont pour objet que d'interdire au créancier de modifier unilatéralement le lien d'obligation au préjudice du débiteur ; elles ont donc un caractère personnel. En second lieu, la nullité présente un désavantage majeur : son prononcé remettrait en question l'efficacité de la cession à l'égard de tous ; ainsi, la créance retournerait dans le patrimoine du cédant. Certes, cela permettrait au débiteur de rester tenu à l'égard de son créancier originaire et, dans cette mesure, la sanction assurerait effectivement sa protection. Cependant, une telle protection s'avèrerait excessive au regard du préjudice subi par le cessionnaire. Ce dernier ne pourrait pas bénéficier de la créance à l'encontre du débiteur et il n'aurait également aucun avantage par rapport aux créanciers du cédant par exemple, ou à l'égard d'un autre ayant cause du cédant. C'est pourquoi la sanction de nullité, prévue dans le cas de la violation d'une clause d'inaliénabilité conformément aux termes de l'article 900-1 du Code civil, ne se révèle pas pertinente dans l'hypothèse de la violation d'une clause d'incessibilité de la créance. Dès lors, serait-il vraiment justifié de permettre aux tiers, les créanciers du cédant par exemple, de bénéficier du retour de la créance dans le patrimoine du cédant comme conséquence de la nullité, alors que la clause d'incessibilité n'avait été stipulée qu'aux fins de protection du débiteur de la créance ? Une réponse négative s'impose. Les faiblesses de la nullité ne sont plus à démontrer¹²³⁷. Ainsi, nous regrettons qu'au lieu de profiter de la récente réforme

¹²³⁴ L'article 9 (2) dispose qu'une personne qui n'est pas partie à la convention restrictive de cessibilité de la créance n'est pas responsable en cas de violation d'une telle convention par le cédant par le seul fait d'avoir eu connaissance de la clause restrictive.

¹²³⁵ V. en ce sens : J. BOSSAN, « La considération de la personne du créancier », art. préc., n° 34, p. : « *La seule faculté reconnue au débiteur est celle d'actionner le cédant afin d'obtenir réparation du préjudice causé par la violation de la clause d'agrément. Il pourra alors dénoncer le manquement au contrat du cédant en courant le risque de voir son action échouer à cause d'une insolvabilité ou bien d'une procédure collective du premier créancier* » ; M. BILLIAU, note préc.ss. Cass. com. 21 nov. 2000.

¹²³⁶ Cela ne signifie pour autant pas qu'il ne soit pas possible de concevoir la responsabilité civile à titre de sanction complémentaire. Par exemple, l'article 11:301 (2) des Principes de droit européen des contrats reconnaît expressément qu'indépendamment du principe d'opposabilité au débiteur de la cession conclue en violation d'une clause restrictive de la cessibilité, le débiteur de la créance pourrait engager la responsabilité civile du cédant pour la méconnaissance d'une telle convention.

¹²³⁷ Pour certains auteurs, même si en principe la nature juridique du *pactum de non cedendo* devrait conduire à la sanction de nullité de la cession conclue en violation d'un tel pacte, le fait que le législateur consacre une obligation de garantie de l'existence de la créance à la charge du cédant justifie qu'au lieu de la sanction de nullité, ce soit la sanction d'inefficacité de

pour se prononcer expressément à propos de la sanction en cas de conclusion de la cession en violation d'une clause d'incessibilité, le législateur français ait laissé la porte ouverte à la sanction de nullité¹²³⁸. Nous croyons que cette interprétation peut être rejetée au profit de celle qui prône la sanction d'opposabilité.

A la différence des sanctions situées sur les terrains de la responsabilité civile et de la nullité de la cession, l'opposabilité au débiteur de la cession en violation d'une clause restrictive de cessibilité s'avère être une sanction pertinente et efficace. Tenant compte de l'analyse de la restriction conventionnelle en une obligation de ne pas faire à la charge du créancier ayant non seulement un objet particulier¹²³⁹, mais surtout une finalité spéciale¹²⁴⁰, c'est sur le terrain de l'efficacité de la cession à l'égard du débiteur que la sanction devrait avoir lieu.

456. Mais si l'opposabilité de la cession au débiteur nous semble être la sanction la plus appropriée, il convient de préciser les raisons de notre préférence à ce qu'une telle opposabilité soit dans tous les cas conditionnée à la connaissance de la clause par le cessionnaire. Autrement dit, l'opposabilité au débiteur de la cession conclue en violation d'une clause d'incessibilité ne devrait avoir lieu qu'en cas de mauvaise foi du cessionnaire.

ii) *L'opposabilité conditionnée à la mauvaise foi du cessionnaire*

457. C'est précisément parce que la clause restrictive de cessibilité est une convention qui fait naître une obligation de ne pas faire à la charge du créancier qu'il convient, en cas de réalisation d'une cession au mépris d'une telle clause et afin de déterminer si la cession peut produire des effets à l'égard du débiteur, de tenir compte de la connaissance du cessionnaire¹²⁴¹. Ainsi, certains auteurs affirmaient, avant la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, que la question de l'opposabilité ou de l'opposabilité au débiteur de la cession conclue en violation d'une clause restrictive de cessibilité devait être résolue à partir des règles relatives à l'opposabilité des conventions aux tiers¹²⁴². De sorte qu'il ne semblait pas opportun d'opposer la convention restrictive de cessibilité

la cession : F.-X. LICARI, « L'incessibilité conventionnelle de la créance, *Le pactum de non cedendo*, de l'Ecole des Pandectes à la loi relative aux nouvelles régulations économiques », suite et fin, *RJ Com.* 2002/3, n° 17, p. 101-102.

¹²³⁸ V. *supra* n° 375.

¹²³⁹ Celui de ne pas modifier unilatéralement le lien juridique.

¹²⁴⁰ Celle de garantir la protection du débiteur.

¹²⁴¹ Il s'agit de la solution consacrée, par exemple, en droit italien (art. 1260 du Code civil italien). Il en va de même de la solution proposée par l'Académie des privatistes européens de Pavie au sujet de la proposition d'un Code européen des contrats. En effet, l'article 121(4) dispose qu'une interdiction conventionnelle est opposable au cessionnaire si le cédé prouve que le cessionnaire en avait connaissance au moment de la cession. Contre cette interprétation en droit français après la réforme introduite par l'ordonnance du 10 février 2016 : M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, *op. cit.*, n° 165, p. 107.

¹²⁴² J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t.IV, *Les obligations, Régime général*, 3^e éd., *op. cit.*, n° 350-1, p. 383-384.

au cessionnaire sans tenir compte de sa bonne foi. La faculté de modification unilatérale de l'obligation en faveur du créancier étant le principe, le cessionnaire a de fortes raisons de se fier à la libre cessibilité de la créance¹²⁴³.

De plus, l'inopposabilité de la cession au débiteur, en cas de mauvaise foi du cessionnaire, est la sanction qui garantit le mieux la protection de tous les intérêts en jeu. Il est vrai que si le cessionnaire est de bonne foi, le débiteur ne pourra pas méconnaître la cession de créance. Cependant, il pourra toujours se retourner contre son créancier afin d'engager la responsabilité contractuelle de celui-ci pour violation de l'accord d'incessibilité¹²⁴⁴.

En outre, certains auteurs parmi ceux qui prônent la nullité de la cession réalisée au mépris d'une clause restrictive de cessibilité, conditionnent tout de même le prononcé de cette sanction à la connaissance de la clause par le cessionnaire¹²⁴⁵. Cela semble assez révélateur du rôle fondamental que joue, dans l'application de la sanction pour violation d'une clause restrictive de cessibilité, la connaissance d'une telle restriction par le cessionnaire¹²⁴⁶.

La question reste de savoir si la connaissance de la clause doit être présumée ou si, en revanche, le débiteur doit la prouver. La réponse doit être nuancée. En effet, si la clause a été stipulée dans le contrat initialement conclu par les parties et si le cessionnaire a eu accès à un tel document, la connaissance de la clause restrictive devrait être présumée¹²⁴⁷. En revanche, si une telle clause a été prévue dans un autre document que le contrat initial par exemple, ce sera au débiteur de prouver que

¹²⁴³ Voir notamment M. BILLIAU, note préc. ss. Cass. com., 21 nov. 2000, même si cet auteur n'analyse pas la cession de créance en une modification unilatérale de l'obligation : « *Ce rôle joué par la connaissance du tiers est, d'ailleurs, spécialement justifié dans le domaine de la cession de créance. En effet, le principe est celui de la libre cessibilité des créances. Néanmoins, comme il n'est pas d'ordre public, les parties contractantes peuvent toujours y apporter des limites ou des exceptions. Cependant, les tiers, qui ne sont tenus d'aucune obligation de se renseigner sur l'existence de droits incompatibles avec les actes qu'ils entendent conclure, sont fondés à croire qu'il n'existe pas d'obstacle à la cession d'une créance qui leur est proposée. Ils ne doivent pas subir les effets d'une convention portant atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, qu'ils ignorent* (spéc. n° 7) ».

¹²⁴⁴ Comme on l'a déjà évoqué, la responsabilité contractuelle du cédant serait une sanction complémentaire, tel que cela est prévu au sein de certaines codifications savantes, par exemple les Principes de droit européen des contrats. En outre, le débiteur pourrait stipuler une clause pénale sanctionnant la violation de l'incessibilité conventionnelle : Ph. CHAUVIRE, « Voyage sur les terres de l'inaliénabilité conventionnelle » art. préc., p. 170.

¹²⁴⁵ En faveur de cette analyse en droit espagnol: J.-M. ARTETA FREIRE, « La ineficacia relativa del pacto de *non cedendo* y la acción de los subcontratistas en el concurso », art. préc., n°2, p. 5. Il en est de même en ce qui concerne la solution consacrée dans les principes d'UNIDROIT 2010. En effet, une fois disposée la sanction de nullité de la cession d'une créance, autre qu'une somme d'argent, conclue en violation d'une clause restrictive de la cessibilité, les auteurs conditionnent une telle nullité à la connaissance effective de la clause d'incessibilité par le cessionnaire (v. en ce sens art. 9.1.9 (2)).

¹²⁴⁶ Voir dans ce sens en droit suisse : P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse, op. cit.*, n° 275, p. 878 : « *Le débiteur ne peut l'opposer au cessionnaire de bonne foi (au moment de la cession) si elle n'est pas libellée dans le titre, CO 164 ; la connaissance de l'incessibilité pallie l'omission de l'écrit* ».

¹²⁴⁷ F.-X. LICARI, « L'incessibilité conventionnelle de la créance, Le *pactum de non cedendo*, de l'Ecole des Pandectes à la loi relative aux nouvelles régulations économiques », art. préc., n° 22 qui considère pourtant qu'une telle connaissance devrait être présumée dans tous les cas compte tenu de l'obligation à la charge du cédant de remettre au cessionnaire le titre constatant la créance. Une partie de la doctrine étrangère se montre favorable à la thèse de la connaissance présumée par le cessionnaire : G. BORDA, *Manual de contratos*, 2^e ed., Editorial Perrot, Buenos Aires, p. 305 qui souligne que l'opposabilité de la restriction conventionnelle au cessionnaire va dépendre du fait qu'une telle restriction soit prévue dans le titre ayant donné origine à la créance objet du transfert. Il s'agit également de la solution prévue dans les Principes de droit européen des contrats (art. 11:301). Dans certains ordonnancements juridiques, tels que le Brésil, l'opposabilité de la clause d'incessibilité au cessionnaire dépend du fait de son stipulation dans le titre constatant la créance objet de la cession (art. 286 du Code civil du Brésil).

le cessionnaire avait connaissance de la clause restrictive au moment de la conclusion du contrat de cession.

458. Outre les arguments invoqués en faveur de l'application des règles relatives à l'opposabilité des conventions aux tiers, la thèse selon laquelle la violation d'une clause restrictive de cessibilité devrait être sanctionnée par le biais de l'opposabilité des exceptions s'expose à des critiques décisives qui conduisent à son rejet. Nous avons déjà eu l'occasion d'en avancer quelques-unes¹²⁴⁸. Cependant, nous insisterons encore sur deux aspects qui nous confortent dans la conviction qu'il n'est pas pertinent de se fonder sur le principe de l'opposabilité des exceptions pour sanctionner la violation d'une clause d'incessibilité.

D'un côté, le principe de l'opposabilité des exceptions a pour finalité de permettre au débiteur d'opposer au cessionnaire les moyens de défense qu'il aurait pu opposer à son créancier originaire si la cession n'avait pas eu lieu : le débiteur cherche donc à remettre en cause, soit la portée de son engagement, soit les conditions de sa mise en œuvre¹²⁴⁹. Etant donné que la possibilité pour le débiteur d'invoquer la clause restrictive de cessibilité en sa faveur et à l'encontre du cessionnaire ne naît précisément que de la réalisation de la cession, il ne semble pas cohérent de reconnaître qu'une telle clause constitue une exception opposable au cessionnaire.

D'un autre côté, si l'on considère que le débiteur peut opposer au cessionnaire la clause restrictive au titre de l'opposabilité des exceptions, il serait au préalable nécessaire d'admettre que le transfert de la créance a eu lieu. Mais cela nous conduit à une impasse. Si la cession a eu lieu, le cédant ne devrait plus pouvoir se prévaloir de la créance à l'égard du débiteur puisque la créance est sortie de son patrimoine, alors que le cessionnaire ne pourrait pas non plus se prévaloir de la créance puisque son droit serait « bloqué » par l'exception du débiteur¹²⁵⁰.

459. En définitive, la meilleure façon de garantir l'efficacité des clauses d'incessibilité est celle de l'inopposabilité au débiteur de la cession réalisée en violation de la clause restrictive de cessibilité, pourvu que le cessionnaire en ait eu connaissance. Il s'agit là d'une solution de compromis

¹²⁴⁸ V. *supra* n° 442.

¹²⁴⁹ Ce sera un aspect sur lequel nous reviendrons lors de l'analyse des mesures palliatives tendant à la protection du débiteur : V. *infra* n° 500 et s.

¹²⁵⁰ F.-X. LICARI, « L'incessibilité conventionnelle de la créance, Le *pactum de non cedendo*, de l'Ecole des Pandectes à la loi relative aux nouvelles régulations économiques », suite et fin, art. préc., n° 16, p. 101-102 : « Il est intéressant de développer jusqu'au bout les conséquences d'une analyse du *pactum de non cedendo* en une exception que le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire : dans ce cas, le cessionnaire ne peut obtenir un paiement puisque le débiteur cédé est en droit d'exciper de l'incessibilité de la créance ; le cédant ne peut lui non plus prétendre à un paiement puisque la cession, alors considérée comme opérante, a transmis la créance au cessionnaire et a donc fait perdre au cédant son investiture juridique. Cette conception a donc pour résultat que le débiteur peut refuser simultanément toute prestation au cédant et au cessionnaire ».

qui permet de mieux préserver l'équilibre entre les intérêts du cessionnaire et ceux du débiteur¹²⁵¹. Il est vrai que le débiteur d'une créance, indépendamment de l'objet de la prestation, a un intérêt légitime à se prémunir contre les risques d'aggravation de sa situation comme conséquence du changement de créancier. Cependant, le cessionnaire a également des raisons légitimes de croire que le cédant a toutes les facultés pour réaliser la cession. Etant donné le principe de la libre cessibilité des créances, le cessionnaire n'a pas à soupçonner l'existence d'une quelconque restriction conventionnelle, c'est pourquoi la prise en compte de sa connaissance s'avère justifiée. En dépit des avantages de l'opposabilité de la cession sous réserve de la bonne foi du cessionnaire, nous pouvons constater que ni le droit français ni le droit colombien ne s'orientent vers cette solution.

Le droit français se montre excessivement favorable à la protection du débiteur au détriment du cessionnaire. Si on tient compte de la jurisprudence applicable avant l'entrée en vigueur de la réforme, le recours au principe de l'opposabilité des exceptions dites « inhérentes » à la dette a garanti une protection absolue du débiteur. Si on considère la législation applicable depuis le 1^{er} octobre 2016, date de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, tout va dépendre de l'interprétation du nouvel article 1321 du Code civil disposant que, dans les hypothèses où une clause d'incessibilité a été prévue, le consentement du débiteur est nécessaire pour que la cession puisse avoir lieu¹²⁵².

Quant au droit colombien, à l'inverse du droit français, la tendance est à privilégier la protection des intérêts du cessionnaire au détriment de la protection des intérêts du débiteur. D'après les dispositions relatives à la cession de créance à titre de garantie par exemple, le législateur reconnaît l'efficacité de la cession conclue en violation d'une clause restrictive de cessibilité, même à l'égard du débiteur. La seule protection, relativement faible, reconnue en faveur de celui-ci, semble être la possibilité d'engager la responsabilité du cédant pour inexécution de l'accord restrictif de cessibilité.

460. Au terme de cette présentation, nous sommes parvenus à la conclusion que même si les restrictions légales et conventionnelles à la libre cessibilité des créances sont importantes afin de protéger le débiteur contre les risques qu'il encourt du fait de la cession, elles ne sont pas suffisantes. En effet, ces mesures n'offrent pas une protection absolue et ce pour deux raisons principales. Les restrictions légales ont nécessairement un domaine d'application restreint. Dans le cas contraire, le principe même de la libre cessibilité des créances serait remis en question. Les restrictions

¹²⁵¹ Voir d'une manière générale à propos des modèles d'inaliénabilité conventionnelle : W. DROSS, « Les modèles d'inaliénabilité conventionnelle », *RDC*, n° 1, p. 171.

¹²⁵² V. *supra* n° 375 et s.

conventionnelles, lorsqu'elles ne sont pas interdites comme dans l'hypothèse prévue à l'article L. 442-6 II (c) du Code de commerce, ont de toute façon une efficacité relative, car il est douteux qu'elles puissent empêcher la réalisation de la cession. En outre, elles doivent être connues du cessionnaire pour que la cession conclue au mépris d'une telle clause soit déclarée inopposable au débiteur. Aussi s'avère-t-il nécessaire de consacrer d'autres mesures, de nature palliative, afin de réduire les inconvénients subis par le débiteur du fait de la cession.

§2- Les mesures palliatives

461. Une fois la cession de créance conclue entre le cédant et le cessionnaire, deux principales mesures tendant à garantir une protection adéquate du débiteur de la créance cédée méritent d'être relevées : en premier lieu, l'établissement d'un lien entre le cessionnaire et le débiteur (A) ; en second lieu, la consécration d'un principe général de non-aggravation de la situation du débiteur (B).

A- L'établissement d'un lien entre le cessionnaire et le débiteur

462. On l'a vu, le consentement du débiteur n'est pas requis pour que la cession de créance ait lieu de sorte que l'affirmation selon laquelle il serait nécessaire d'établir un lien entre le cessionnaire et le débiteur peut de prime abord surprendre. Il n'est pourtant pas pertinent de conclure que le débiteur doit participer à la cession. Afin de bien comprendre en quoi consiste l'établissement de ce lien entre le cessionnaire et le débiteur, on examinera tout d'abord sa signification (1), pour analyser ensuite sa mise en œuvre (2), avant de terminer avec une présentation de ses principales conséquences pratiques (3).

1- Signification

463. Afin de préciser en quoi consiste l'établissement du lien entre le débiteur et le cessionnaire, il convient de rappeler qu'en raison de sa double nature juridique, la cession a deux effets principaux : le premier est un transfert d'un bien, la créance, du patrimoine du cédant dans le patrimoine du cessionnaire ; le second est une modification du lien juridique, l'obligation, initialement noué entre le créancier originaire, le cédant, et le débiteur de la créance cédée. Une telle modification a lieu précisément en raison du changement de créancier opéré par la cession de créance. Le débiteur de la créance cédée se retrouvera donc tenu envers un nouveau créancier : le cessionnaire.

464. De la sorte, si le débiteur est bien étranger à la cession, il a tout de même intérêt à savoir non seulement qui est son nouveau créancier mais aussi à partir de quel moment il sera tenu envers lui, et ce afin de se protéger contre les risques associés à l'ignorance de la modification de l'obligation, notamment celui qui a trait à la réalisation d'un paiement non libératoire¹²⁵³. Pour cette raison, il s'avère particulièrement important de s'assurer que le débiteur ait eu connaissance de manière « officielle » de la réalisation de la cession afin qu'il n'ait pas de doute quant à la réalité et la portée de l'opération¹²⁵⁴. Ce ne sera qu'à partir de ce moment que le débiteur sera effectivement lié au cessionnaire. En d'autres termes, l'établissement du lien entre le cessionnaire et le débiteur consiste dans la mise en relation « officielle » des deux¹²⁵⁵. Deux principaux enseignements peuvent être tirés de ces précisions autour de la nécessité de l'établissement d'un lien entre le cessionnaire et le débiteur.

465. Le premier enseignement est que compte tenu de leur dualité, les effets de la cession à l'égard des parties ainsi qu'à l'égard du débiteur peuvent se produire à des moments différents. Ainsi, le fait que le transfert de la créance ait lieu à partir de la conclusion du contrat, comme c'est le cas en droit français¹²⁵⁶, ou qu'un tel transfert se réalise dès la remise du titre, comme c'est la règle en droit colombien¹²⁵⁷, ne signifie pas que la modification de l'obligation doive s'opérer à ces moments. Il est donc parfaitement envisageable de dissocier les effets translatif et modificatif de la cession de créance¹²⁵⁸. Le débiteur ne doit être considéré comme étant obligé envers le cessionnaire qu'à partir du moment où il est mis en relation avec celui-ci¹²⁵⁹. L'idée est de garantir une adéquate protection du débiteur. Une partie de la doctrine française mais aussi colombienne se montre favorable à cette analyse, bien que de façon implicite¹²⁶⁰. En outre, cette nécessité d'établir un lien entre le cessionnaire

¹²⁵³ V. *supra* n° 402 et s.

¹²⁵⁴ V. en ce sens, bien que de façon implicite : F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1279, p. 1327 : « De ces dispositions il ressort en substance que le débiteur doit être solennellement averti de la cession de la créance dont il est passivement tenu, mais sans que la convention de cession requière son consentement (...). L'exigence d'une telle information formalisée s'explique, en droit, par le principe de l'effet relatif des conventions et, en fait, par la nécessité évidente pour le débiteur de savoir qui est son créancier » ; A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations, op. cit.*, n° 242, p. 310 (nous soulignons).

¹²⁵⁵ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op.cit.*, n° 1419, p. 802 qui à propos de la notification exigée par l'ordonnance précisent : « La notification suppose une information ferme et formelle du débiteur, tout comme, symétriquement, la prise d'acte suppose que le débiteur reconnaisse (sic) le cessionnaire prétendu comme véritable cessionnaire ».

¹²⁵⁶ V. *infra* n° 661 s.

¹²⁵⁷ V. *infra* n° 667 s.

¹²⁵⁸ M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme, op.cit.*, n° 174, p. 113.

¹²⁵⁹ Cette idée est mise en avant par une décision récente de la Haute juridiction colombienne : Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 23 octobre 2015, Réf. SC14658-2015, M.R. : Fernando Giraldo où la Cour suprême de justice affirme que « le refus du débiteur de satisfaire la créance malgré sa connaissance de l'accord translatif, n'empêche pas le cessionnaire de saisir les instances judiciaires afin d'obtenir l'exécution du débiteur puisque le lien entre le débiteur et le nouveau titulaire de la créance a lieu par la notification de la cession indépendamment de l'acceptation de la cession par le débiteur de la créance cédée » (nous soulignons).

¹²⁶⁰ Pour le droit français: Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse préc., t. I, n° 27, p. 48-49 : « On peut donc affirmer que la cession de créance n'est pas tellement destinée à être opposable au cédé, dans le sens où on entend cette expression normalement, c'est-à-dire en tant qu'empêchement d'accomplir un acte valable ou de réclamer l'exécution d'une obligation, mais elle a pour effet d'établir un lien de droit entre le débiteur cédé et le créancier cessionnaire, et cet effet dépasse le cadre de la simple opposabilité du contrat aux tiers, le contrat portant, ne l'oublions pas, sur le côté actif d'un lien d'obligation dont le cédé a la charge du passif » (nous soulignons); Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op.cit.*, n° 1412, p. 798 en se référant aux différents

et le débiteur est confortée de façon explicite par d'autres systèmes juridiques, tel le droit espagnol¹²⁶¹, et par certaines codifications savantes¹²⁶².

466. Le second enseignement est que l'établissement d'un tel lien s'opère entre le cessionnaire et le débiteur, non entre celui-ci et l'acte de cession. Il faut donc se garder de considérer qu'il est nécessaire d'établir un quelconque rapport entre le débiteur et l'acte de cession¹²⁶³. Cette précision est importante car certains auteurs colombiens confondent ces deux aspects¹²⁶⁴. La même tendance s'observe dans la jurisprudence colombienne¹²⁶⁵. Par ailleurs, bien que cela soit rare, certains auteurs français semblent faire la même erreur en assimilant l'établissement d'un lien entre le cessionnaire et le débiteur à l'établissement d'un lien entre celui-ci et l'acte de cession¹²⁶⁶. Or, c'est

procédés permettant de lier le débiteur au cessionnaire: « Afin de lier le débiteur au cessionnaire, il existe trois procédés que notre droit a, dans son histoire, successivement connus : le consentement du débiteur, sa saisine et enfin son information » (nous soulignons) ; B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, op.cit., n° 387, p. 275 : « En l'absence d'un tel registre, les transferts de créances sont soumis à un certain formalisme, qui assure l'opposabilité du transfert de la propriété de la créance aux tiers : ce sont les formalités de l'article 1690 du Code civil. Celles-ci s'expliquent par la spécificité du bien transmis, un droit personnel. Il est donc nécessaire d'établir le lien entre le cessionnaire de la créance et le débiteur cédé, tiers à la cession » (nous soulignons). Pour le droit colombien : J.-A. BONIVENTO FERNANDEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, op. cit., n°. 172, p. 370: « La loi protège le débiteur contre n'importe quel type d'acte inattendu émané du cédant afin d'obtenir des bénéfices au détriment de sa situation. C'est pourquoi elle impose comme condition substantielle pour créer le lien juridique plein entre le cessionnaire et le débiteur, que celui-ci soit notifié de la cession ou qu'il l'ait acceptée expressément ou tacitement » (nous soulignons).

¹²⁶¹ Par exemple, l'article 347 du Code de commerce espagnol dispose que « Les créances commerciales non endossables et au porteur pourront être transférées par le créancier sans besoin du consentement du débiteur, l'information au débiteur étant suffisante. Le débiteur sera obligé envers le nouveau créancier à partir de la notification » (nous soulignons). On peut ainsi noter que la disposition reconnaît expressément la possibilité pour le créancier de transférer les créances sans le consentement du débiteur, en précisant tout de même le besoin de porter à la connaissance de celui-ci la réalisation de la cession. Ensuite, le législateur précise que le débiteur ne sera obligé envers le cessionnaire qu'à partir de la notification. La façon dont la disposition est rédigée ne laisse pas de doutes quant au fait que la notification est l'acte permettant d'établir le lien entre le débiteur de la créance cédée et le cessionnaire.

¹²⁶² L'exemple des Principes du droit européen du contrat est très significatif. Sans entrer dans les détails à propos du moyen choisi pour établir le lien entre le débiteur et le cessionnaire -la notification-, on notera que ce n'est qu'à partir de celle-ci que le débiteur est effectivement tenu envers le cessionnaire. Cela explique la distinction entre le moment à partir duquel le débiteur *peut* réaliser un paiement libératoire -la connaissance de la cession-, et celui à partir duquel le débiteur *est effectivement obligé* de se libérer entre les mains du cessionnaire. Voir en ce sens l'article 11:303 des Principes et les commentaires correspondants : *Principes du droit européen du contrat*, version française préparée par G. Rouhette, avec le concours de I. De Lamberterie, D. Tallon et Cl. Witz, Société de législation comparée, vol. 2, 2003, p. 472-474.

¹²⁶³ Voir les critiques que le professeur Hinestrosa a formulées contre l'idée du besoin d'un quelconque rattachement du débiteur à l'opération de cession : F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones, Concepto, estructura, vicisitudes*, op. cit., p. 421, note 70.

¹²⁶⁴ A. ACEVEDO REHBEIN, *La cesión de créditos y las cláusulas de mejores esfuerzos en el derecho comparado*, op. cit., p. 60; A. TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones, El acto o negocio jurídico y otras fuentes de obligaciones*, op.cit., n° 291, p. 496: « Lorsqu'on parle de tiers à l'opération de cession il faut compter parmi eux le débiteur en raison de son absence de participation à cette opération. En conséquence, et compte tenu du fait qu'il s'agit ni plus ni moins que du sujet passif de l'obligation, il faut le lier à l'opération » (nous soulignons).

¹²⁶⁵ Corte Suprema de justicia, Sala de Casación civil, 31 juillet 1941, GJ LII M.R.: Isaías Cepeda; Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 7 mai 1941, GJ LI M.R.: Hernán Salamaña; Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 24 mars 1943, GJ LIX M.R.: Fulgencio Lequerica Vélez, p. 242-248. Il en va de même en ce qui concerne quelques décisions au sein de la justice arbitrale : *Laudo arbitral Ronderos Torres & Cía. SCA vs. Fiduciaria Tequendama S.A.*, 6 septembre 2001, arbitres: Marco Gerardo MonroyCabra, Maria. P. SilvaArango et Rafael Gómez-Rodríguez. La décision arbitrale a été consultée sur le site : http://hiperdexto-obligaciones.uniandes.edu.co/doku.php?id=laudo_arbitral_ronderos_torres_cia_sca_vs_fiduciaria_tequendama_s.a_septiembre_6_de_2001_arbitros:marco_gerardo_monroy_cabra_maria_patricia_silva_arango_y_rafael_gomez_rodriguez (consulté le 18 mai 2016).

¹²⁶⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, op. cit., n° 1232, p. 2452 : « Elle intéresse [la cession] en première ligne le débiteur cédé : il apparaît comme un tiers par rapport à la convention de cession (...). Cependant, tout en étant étranger à la cession, il apparaît un peu comme étant l'objet (il est le débiteur cédé). Du moins sera-t-il nécessaire de le rattacher à l'opération intervenue, de l'avertir qu'il a changé de maître » (nous soulignons).

précisément en raison de l'inexistence d'un tel lien que le débiteur ne peut pas, en principe, invoquer en sa faveur les vices du contrat de cession pour refuser d'exécuter la prestation due au cessionnaire¹²⁶⁷.

467. Finalement, le perfectionnement du contrat entre le cédant et le cessionnaire et le transfert de la créance du patrimoine du premier dans le patrimoine du second ne suffisent pas à ce que le débiteur soit effectivement lié au cessionnaire. Il est indispensable, pour cela, que le débiteur ait une connaissance « officielle » du changement de créancier.

Cette exigence ne s'oppose pas à la thèse selon laquelle le consentement du débiteur n'est pas requis pour que la cession de créance puisse avoir lieu. Il s'agit simplement de reconnaître que même si le créancier peut avoir un intérêt légitime à transférer la créance en tant qu'actif de son patrimoine, le débiteur a un intérêt, légitime aussi, à connaître son nouveau créancier. Il s'agit en quelque sorte d'une charge incombant soit au cédant, soit au cessionnaire, en contrepartie de la modification unilatérale de l'obligation reconnue en faveur du créancier, en vue d'assurer une protection suffisante du débiteur.

C'est précisément parce que l'information du débiteur à propos de la réalisation de la cession a pour finalité de le lier au cessionnaire afin de le protéger contre les risques de la cession¹²⁶⁸ qu'une telle information doit avoir un caractère formel ou officiel. Il reste à déterminer les mesures permettant d'atteindre au mieux cet objectif.

2- *La mise en œuvre*

468. On sait que la doctrine majoritaire et la jurisprudence, en France comme en Colombie, considèrent que la signification et l'acceptation dans un acte authentique prévues par l'article 1690 du Code civil français¹²⁶⁹ ou la simple notification ou acceptation de l'article 1960 du Code civil colombien sont des formalités permettant de rendre la cession opposable au débiteur en sa qualité de tiers à la cession¹²⁷⁰. Ce principe d'opposabilité de la cession de créance au débiteur a été maintenu, au moins

¹²⁶⁷ On pourrait nous rétorquer que le législateur reconnaît parfois certaines facultés au débiteur par rapport au contrat de cession, ce qui laisserait croire à un possible rattachement du débiteur au contrat de cession. Néanmoins, tel que l'on aura l'occasion de le préciser plus loin, cela n'a lieu que de façon exceptionnelle et seulement afin de garantir une protection spécifique au débiteur. Il en est ainsi de la possibilité pour le débiteur, par exemple, d'invoquer la cause de nullité de la cession sur le fondement des articles 1597 et 1854 des Codes civils respectivement français et colombien concernant l'incapacité spéciale de certaines personnes à acquérir certains biens. De même, il est possible d'admettre que le débiteur, afin de mettre en œuvre le bénéfice du retrait litigieux, puisse remettre en question, par exemple, le prétendu caractère gratuit de la cession.

¹²⁶⁸ V. MALASSIGNE, *Les titres représentatifs, Essai sur la représentation juridique des biens par des titres en droit privé*, Préf. A. Ghozi, Dalloz, 2016, n° 244, p. 191 où l'auteur fait référence à la nécessité de la mise en possession du cessionnaire à l'égard du débiteur.

¹²⁶⁹ Ces formalités sont applicables en matière de cession de créance avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016.

¹²⁷⁰ V. *supra* n° 302 et s.

d'un point de vue formel, par l'ordonnance du 10 février 2016. En effet, le nouvel article 1324 du Code civil français se réfère à la notification et à la prise d'acte comme étant des formalités nécessaires pour l'opposabilité de la cession au débiteur¹²⁷¹.

De plus, on a vu que cette position majoritairement admise est contestée par certains auteurs en droit français. D'aucuns affirment qu'indépendamment du rôle de la signification et de l'acceptation dans un acte authentique à l'égard des tiers, ces formalités jouent un rôle particulier à l'égard du débiteur ; celui de constituer sa mauvaise foi. Le but serait de déterminer le caractère libératoire ou non du paiement réalisé par le débiteur. En d'autres termes, ces formalités auraient seulement pour finalité de rendre de mauvaise foi le débiteur qui continue de payer son créancier initial¹²⁷².

469. Cependant, aucune de ces deux conceptions n'emporte notre conviction. Les formalités relatives au débiteur sont, en réalité, des mesures visant à établir le rapport entre le cessionnaire et le débiteur. Ce dernier étant le sujet passif de la modification de l'obligation, les formalités mentionnées ont précisément pour rôle d'établir le lien « officiel » avec le cessionnaire, et ce indépendamment de la fonction qu'elles peuvent avoir à l'égard des tiers¹²⁷³. Ainsi, en l'absence d'accomplissement de telles formalités, le débiteur continue d'être lié à son créancier initial, ce qui n'est pas sans conséquences pratiques importantes. En effet, il pourra non seulement payer valablement entre les mains du cédant, mais également modifier avec lui le contenu de la créance¹²⁷⁴.

470. Puisque les formalités relatives au débiteur de la créance cédée ont pour finalité de lier officiellement celui-ci au cessionnaire, le plus important est qu'elles accordent un degré de certitude suffisant au débiteur à propos de la réalité et de la portée de la cession. En d'autres termes, ces formalités doivent garantir une protection suffisante au débiteur afin qu'il ne réalise un paiement non libératoire ou que sa situation s'aggrave d'une manière générale. L'exigence d'une signification ou d'une acceptation dans un acte authentique s'avère être une formalité lourde compte tenu des finalités recherchées. En revanche, la notification (a), l'acceptation de la cession par le débiteur (b), ou encore

¹²⁷¹ Certains auteurs soulignent que la rédaction de cette disposition confirme l'idée que le débiteur est un tiers à la cession : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op.cit.*, n° 867, p. 741 : « Le simple fait que le législateur ait utilisé le terme d'« opposabilité » démontre que le débiteur cédé est bel et bien tiers à l'acte de cession ».

¹²⁷² V. *supra* n° 331.

¹²⁷³ V. *infra* n° 786.

¹²⁷⁴ V. *infra* n° 484 s.

la prise d'acte de la cession par le débiteur (c), formalité nouvelle introduite par l'ordonnance du 10 février 2016, présentent des avantages indéniables, même si leurs contours restent à préciser.

a) La notification

471. La notification est un moyen reconnu par le législateur colombien à l'article 1960 du Code civil. Elle a été récemment consacrée en droit français par l'ordonnance du 10 février 2016¹²⁷⁵. Avant l'entrée en vigueur de cette dernière, une signification était nécessaire pour lier le débiteur au cessionnaire¹²⁷⁶ mais la jurisprudence française admettait quelques « équivalents » à la signification à l'égard du débiteur¹²⁷⁷. Cependant, dans une affaire récente, la première chambre civile de la Cour de cassation a décidé qu'une lettre recommandée n'était pas suffisante pour rendre la cession de créance opposable au débiteur¹²⁷⁸.

Compte tenu de l'incertitude régnante, la consécration de la notification en tant que moyen permettant de lier le débiteur de la créance cédée au cessionnaire est la bienvenue. L'information officielle du débiteur peut très bien être assurée par le biais d'une simple notification.

Par ailleurs, tant le droit français que le droit colombien reconnaissent, dans le domaine du droit spécial, la possibilité de rendre efficace la cession à l'égard du débiteur par le biais d'une notification. En droit français, un exemple nous est donné par l'article 2018-2 du Code civil relatif à la cession fiduciaire de créance. Ce texte prévoit que celle-ci n'est opposable au débiteur qu'à partir de la notification. En droit colombien, le législateur établit également que la cession de créance à titre de garantie est efficace à l'égard du débiteur à partir de la notification¹²⁷⁹.

¹²⁷⁵ Voir le nouvel article 1324 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016.

¹²⁷⁶ Voir l'article 1690 du Code civil applicable en matière de cession de créance avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016.

¹²⁷⁷ V. *supra* n° 333. *Adde.* Cass. civ. 3^e, 3 fév. 2010, n° 08-19420, *Bull. civ.* III, n° 26 où la Cour admet que les conclusions à l'occasion d'une instance peuvent être considérées comme un équipollent de la signification ; Cass. civ. 2^e, 8 nov. 2007, n° 06-14448, *Bull. civ.* II, n° 249. Voir égal. E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes, op.cit.*, n° 331, p. 197 qui souligne que la jurisprudence tend à assimiler tout acte authentique à une signification. Plus encore, la Cour de cassation a admis, dans un arrêt récent, la possibilité pour le cessionnaire de signifier une sorte de contrat cadre de cession de créance, ne mentionnant ni le titulaire, ni le montant de la créance cédée, suivi ensuite d'une notification par lettre recommandée des différentes cessions de créances contractées en application dudit contrat cadre : Cass. civ. 1^e, 12 nov. 2015, n° 14-26294, inédit. Quant à l'acceptation dans un acte authentique, la jurisprudence admet qu'il est possible de la suppléer par l'acceptation dans un acte privé pourvu qu'il s'agisse d'une acceptation expresse et claire : Cass. civ., 1^{er} décembre 1856, *DP* 1856, I. 439 ; Civ. 26 janvier 1863, *DP* 1863. I. 47.

¹²⁷⁸ Cass. civ. 1^{re}, 22 mars 2012, n° 11-15.151, *Bull. civ.* I, n° 60 ; Ph. CASSON, obs. Cass. civ. 1^e 22 mars 2012, *Actu assurance, la revue numérique en droit des assurances, publication n° 26 mai-juin 2012* : « La lettre recommandée n'était donc pas suffisante pour rendre la cession opposable au débiteur cédé (l'assureur). Mais le cessionnaire soutenait que la simple connaissance par l'assureur de la cession de créance suffisait à la lui rendre opposable. La cour d'appel avait rejeté cet argument. Le pourvoi engagé contre sa décision est rejeté. Il s'agit là d'un point très critiqué par la doctrine qui relève que la jurisprudence admet des équivalents de la signification. Ainsi, l'opposabilité de la cession peut résulter de tout acte de procédure informant le débiteur cédé de manière précise de l'existence de la cession ».

¹²⁷⁹ Il est vrai qu'il n'existe pas de disposition spécifique relative au moment précis à partir duquel il faut considérer que la cession de créance à titre de garantie est efficace à l'égard du débiteur. Cependant, la lecture de l'article 28 de la loi 1676 du 20 août 2013, en disposant sur le caractère libératoire du paiement réalisé par le débiteur avant la notification de la cession ou avant son acceptation, laisserait entendre qu'une telle notification serait nécessaire pour l'efficacité de la cession à l'égard du débiteur.

472. Dans la mesure où ni le nouvel article 1324 du Code civil français ni l'article 1961 du Code civil colombien n'exige aucune forme particulière, il convient d'admettre que la notification peut se faire par tout moyen¹²⁸⁰. Ainsi, l'envoi d'une lettre simple, d'une lettre recommandée, ou même d'un courrier électronique s'avèrent pertinents pour assurer une telle notification¹²⁸¹. L'admission du courrier électronique s'impose compte tenu de l'essor des outils numériques pris en compte par le droit français comme le droit colombien¹²⁸². Par ailleurs, certains auteurs affirment, d'un point de vue théorique, qu'un simple appel téléphonique pourrait être un moyen d'assurer la notification tout en reconnaissant néanmoins que le rapport de la preuve, dans une telle hypothèse, s'avère difficile¹²⁸³.

Au regard de cette liberté de choix des moyens de notification, la position d'une partie minoritaire de la doctrine colombienne préconisant une notification judiciaire¹²⁸⁴, malgré les termes de l'article 1961 du Code civil, doit être désapprouvée. Si le législateur n'a pas exigé de forme particulière, il n'appartient pas à l'interprète de les imposer¹²⁸⁵. Les parties peuvent toujours décider

¹²⁸⁰ Voir cependant la position de M. Julienne qui évoque la difficulté qui pourrait surgir du fait qu'aucun texte n'affirme explicitement que la notification de la cession au débiteur peut être faite par tout moyen, en raison du monopole concernant les notifications reconnues en faveur des huissiers de justice conformément l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 45-2592 du 2 novembre 1945 : M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, op. cit., n° 175, p. 114, note 69. Cependant, nous croyons qu'il est possible d'affirmer que cela irait à l'encontre de l'esprit même de la réforme des dispositions concernant la cession de créances. Dans le rapport de présentation de l'ordonnance du 10 février 2016, on peut lire que l'idée est d'assouplir les formalités lourdes en matière de cession de créance afin de rendre cette opération plus attractive. Ainsi, le fait d'affirmer que, à défaut de précision, la notification devrait être accomplie par un huissier de justice semble aller à l'encontre de la finalité recherchée par la réforme.

¹²⁸¹ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., art. 1324, p. 647 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 867, p. 742 ; B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats*, op. cit., n° 1082, p. 271 : « faute de précision sur la forme de la notification, celle-ci peut être faite par voie postale, de préférence par lettre recommandée AR ou par l'acceptation dans un acte sous signature privée conforme aux exigences de preuve par un tel acte ».

¹²⁸² Compte tenu de ce phénomène, la notion d'« écrit » s'est élargie. L'« écrit » doit être compris d'une manière large afin d'intégrer tout mode de communication permettant de conserver l'information qui y est contenue, y compris les communications électroniques. En ce qui concerne le droit français, le législateur a établi, par la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, des règles tendant à l'adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique. Plus spécifiquement, l'ancien article 1316-3 du Code civil français prévoyait que « L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier ». Cette disposition a été reprise au nouvel article 1366 issu de l'ordonnance du 10 février 2016. En ce qui concerne le droit colombien, la loi 527 du 18 août 1999, qui définit et encadre l'accès et l'usage de messages de données, le commerce électronique et les signatures numériques, définit l'« écrit », à l'article 6, de la façon suivante : « Écrit. Si une norme prévoit que l'information doit être sous forme écrite, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement ». Pour sa part, l'expression « message de données » désigne, conformément à l'article 2, alinéa b) de la loi mentionnée, « l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex ou la télécopie ».

¹²⁸³ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 647. Cependant, certains auteurs considèrent que la « notification » s'entend de toute interpellation écrite du débiteur : F. CHENEDE, « La cession de créance », *Le nouveau régime des obligations*, V. Forti et L. Andreu (dir.), Dalloz, 2016, n° 13, p. 94.

¹²⁸⁴ Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, 24 mars 1943, GJ LIX, M.R. : Fulgencio Lequerica Vélez. Même aujourd'hui une telle vision n'a pas été complètement abandonnée : Concepto 115, 25 juillet 2007, Consejo técnico de la contaduría pública : <http://actualicese.com/normatividad/2007/07/25> ; C. GÓMEZ ESTRADA, *De los principales contratos civiles*, op. cit., p. 155 ; A. PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, vol. 3, part. II, *Clasificación, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones*, op. cit., n° 481, p. 298. Il faut souligner que cette position peut s'expliquer par l'influence de la doctrine chilienne : F.-A. CASTILLO MAYORGA, « La cesión de crédito », art. préc., p. 423.

¹²⁸⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 1^{er} décembre 2011, Réf. : 11001-31036035-2004-00428-01, préc. En ce qui concerne la justice arbitrale : Tribunal de Arbitramento, Cámara de comercio de Bogotá, Centro de arbitraje y conciliación,

d'avoir recours à la notification judiciaire ; par exemple, l'article 94, alinéa 2 du Code général du procès colombien dispose effectivement que la notification de la demande opère la notification de la cession aux termes prévus à l'article 1960 du Code civil colombien¹²⁸⁶. Cependant, une chose est de détenir la faculté de choisir le moyen le plus approprié pour réaliser la notification, toute autre est l'obligation d'employer un moyen spécifique. Pour la même raison, et cette fois-ci en ce qui concerne le droit français, les parties pourront toujours, en dépit de la réforme, avoir recours à une signification par huissier afin de bénéficier d'une sécurité maximale¹²⁸⁷.

Dans tous les cas, la contrepartie à cette liberté implique une charge à l'encontre des parties. Elles doivent utiliser un moyen apte à informer le débiteur. Autrement dit, les parties doivent supporter le risque résultant de l'utilisation d'un moyen d'information peu sûr¹²⁸⁸.

Cependant, il aurait été souhaitable que le caractère écrit de la notification soit exigé, à l'instar de ce qui est prévu en droit colombien dans le cadre de la cession de créance à titre de garantie. Cela n'empêcherait pas d'admettre le courrier électronique et/ou un moyen équivalent soient reconnus comme des moyens de communication écrit¹²⁸⁹. La raison en est que l'écrit s'avère être le meilleur moyen de garantir que le débiteur ait connaissance de l'identité du cessionnaire, du contenu

Banco de Bogotá vs Seguexpo de Colombia, 11 octobre 2005, spéc. 4.4. Voir également : M.-E. CAMACHO LÓPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, op. cit., p. 424-425 ; F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, op. cit., n° 336, p. 435-436 ; J. SUESCÚN MELO, *Derecho privado*, t. II, *Estudios de Derecho civil y comercial contemporáneo*, op.cit., p. 548.

¹²⁸⁶ Il s'agit d'une différence importante par rapport à ce qui était prévu à l'article 489 de l'ancien Code de procédure civile colombienne. En effet, la disposition ancienne exigeait que le demandeur sollicite la notification précédemment à la demande en exécution du débiteur.

¹²⁸⁷ M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, op.cit., n° 175, p. 114.

¹²⁸⁸ Voir en ce sens en droit colombien : F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, op. cit., n° 336, p. 436. C'est pourquoi la doctrine majoritaire s'accorde sur le fait qu'une lettre recommandée avec accusé de réception serait une précaution minimale pour assurer la notification de la cession au débiteur : M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, *ibidem* ; B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats*, op. cit., n° 1082, p. 271.

¹²⁸⁹ Voir l'article 28 de la loi 1676 du 20 août 2013 sur les garanties mobilières.

et de la portée de la cession¹²⁹⁰. En outre, une notification écrite facilite la preuve, le cas échéant, de l'accomplissement d'une telle formalité¹²⁹¹.

473. Mis à part les moyens permettant d'assurer la notification, la question se pose de savoir si celle-ci doit avoir un contenu minimal. Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 n'ont rien consacré à ce propos. Face à ce silence, certains auteurs considèrent qu'il n'est donc pas nécessaire, par exemple, d'adresser au cédé une copie de l'acte de cession, solution qui était déjà admise sous l'empire de la législation ancienne¹²⁹². En revanche, le législateur colombien a déterminé un contenu minimal. Conformément à l'article 1961 du Code civil colombien, la notification réalisée par le cessionnaire à l'égard du débiteur doit être accompagnée du titre constatant la créance avec la signature du cédant témoignant du transfert¹²⁹³. Le plus important est d'accorder au débiteur, dans la mesure du possible, la certitude quant à la créance cédée et quant à la personne du nouveau créancier¹²⁹⁴. Ainsi, l'on comprend bien que si la créance est constatée par un titre, la meilleure façon de permettre que le débiteur constate la réalité de la cession soit la possession du titre par le cessionnaire, avec la signature

¹²⁹⁰ Par exemple, en matière de cession Dailly, même si le législateur ne se prononce pas expressément en faveur du caractère écrit de la notification de la cession au débiteur (voir à propos de la notification en matière de cession Dailly les articles L.313-28 et R. 313-15 du Code monétaire et financier), certains auteurs considèrent que le fait que certaines mentions obligatoires soient exigées porte à croire que la notification doit être effectuée par écrit : R. BONHOMME, *Instruments de crédit et de paiement*, op.cit., n° 266, p. 208 : « La notification peut être faite par tout moyen, dès lors qu'il s'accompagne d'un support écrit (lettre simple, télex, fax...) ; elle doit, en effet, comporter les mentions énumérées dans l'article R. 313-15 du Code monétaire et financier, en particulier la référence aux articles L. 313-23 à L. 313-34 du Code monétaire et financier, la désignation du cédant, celle de la créance cédée et l'interdiction de payer la créance accompagné de l'obligation de la payer à la personne indiquée (cessionnaire ou à son ordre) selon le mode de règlement précisé. La preuve de la notification incombe au cessionnaire ». Certains auteurs invoquent des raisons d'ordre probatoire : E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op. cit., n° 679, p. 412 : « L'établissement qui a notifié doit apporter la preuve de la connaissance par le débiteur de la notification. La preuve doit être établie par écrit si la créance est civile et si son montant est supérieur à 5000 Francs ». Rappelons que lorsque l'obligation a une valeur égale ou supérieure à un certain montant (1500 euros), et conformément à l'ancien article 1341 du Code civil, la preuve doit être écrite : Le montant de 1500 euros a été fixé par le décret n° 2004-836 du 20 août 2004, art. 56 et 59. Le nouvel article 1359 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 va dans le même sens : « L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique ».

¹²⁹¹ Ces avantages expliquent que certains systèmes juridiques reconnaissent expressément la nécessité de ce type de notification. Ainsi, l'article 1264 du Code civil italien reconnaît l'efficacité de la cession à l'égard du débiteur de la créance cédée à partir du moment de la notification ou de son acceptation de la cession alors que l'article 1265 précise qu'à l'égard des tiers, et plus précisément, dans l'hypothèse de conflit d'un droit concurrent, le plus important est la détermination d'une date certaine. La même tendance s'observe dans un nombre important de codifications savantes. Par exemple, l'article 16 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international dispose que la notification au débiteur doit être faite par écrit et dans une langue dont il est raisonnable de penser que le débiteur comprendra. En outre, il est prévu que la notification doit identifier raisonnablement les créances cédées et le cessionnaire. Il en va de même de l'article 8 de la Convention d'Ottawa sur l'affacturage international.

¹²⁹² O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., art. 1324, p. 647 ; M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, op. cit., n° 175, p. 114.

¹²⁹³ Dans les hypothèses où la créance cédée n'est pas constatée par un titre, il conviendrait d'admettre que la notification peut être faite soit avec le document crée aux fins de la cession au sens de l'article 1959 du Code civil colombien, soit avec la présentation du document constatant la cession : F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, I, *concepto, estructura, vicisitudes*, op.cit., n° 336, p. 436 ; M.-E. CAMACHO LOPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, op. cit., p. 424.

¹²⁹⁴ Il est intéressant de constater qu'en droit allemand par exemple, l'acte de mise en possession du cessionnaire d'une créance doit procéder du cédant de manière directe ou indirecte : V. MALASSIGNE, *Les titres représentatifs, Essai sur la représentation juridique des biens par des titres en droit privé*, op. cit., n° 244, p. 191, note 591. Voir également M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, op. cit., n° 175, p. 114, note 71.

du cédant¹²⁹⁵. Cette signature est importante puisqu'elle exprime la volonté du cédant de transférer les créances dont il est titulaire¹²⁹⁶. C'est pourquoi le silence du législateur français à ce propos est regrettable. Il aurait fallu exiger une notification écrite avec certaines mentions obligatoires, notamment la désignation de la créance cédée, l'indication du mode de règlement et la personne du cessionnaire ; à l'instar de ce qui est par exemple prévu en matière de cession Dailly¹²⁹⁷. Ce n'est qu'en exigeant certaines mentions obligatoires que le débiteur peut être suffisamment informé de la réalisation et la portée de la cession, indépendamment du fait que le moyen utilisé consiste dans une lettre recommandée¹²⁹⁸.

474. À côté de ces questions relatives aux moyens et contenu de la notification, se pose également celle de la personne chargée de la réaliser. Si les rédacteurs du Code Napoléon avaient reconnu expressément que la signification pouvait être faite à l'initiative tant du cédant que du cessionnaire¹²⁹⁹, l'ordonnance du 10 février 2016 a gardé silence à ce sujet¹³⁰⁰. Pour ce qui est du droit colombien, l'article 1961 du Code civil laisserait entendre que seul le cessionnaire peut accomplir une

¹²⁹⁵ Une partie de la doctrine chilienne se prononce en faveur de cette solution : A. SILVA BASCUNAN, *La cesión de derechos, de los créditos personales civiles y comerciales*, Mémoire, 1933 p. 1548 (cité par A. SELMAN NAHUM, « Cesión de créditos contenidos en una factura y la notificación personal al deudor como requisito excluyente para su oponibilidad: un fallo inquietante (Corte suprema) », *Revista de derecho*, Valdivia, décembre, 2012, vol. 25, n° 2, p. 289-298.

Disponible sur : http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000200014 (consulté le 11 mars 2015).

« L'article 1903 du Code civil prévoit comme condition de cette formalité (notification de la cession au débiteur) qu'elle soit faite avec la présentation du titre avec la note de transfert, la désignation du cessionnaire et la signature du cédant (...) l'esprit de la loi est que le débiteur vérifie personnellement l'existence du titre constatant la créance entre les mains du cessionnaire où apparaît inscrite la signature de son créancier originaire avec la désignation de son substitut. De cette façon le débiteur peut être sûr de la véracité du transfert ». Notons que le commentateur de la décision critique la position de la Cour quant à l'exigence d'une notification personnelle. Pour cet auteur, même s'il est nécessaire que le débiteur ait une certitude à propos de la réalité de la cession, ce qui justifie que le cessionnaire doive joindre le titre témoignant de sa qualité de créancier, le droit positif n'exige pas qu'une telle notification soit réalisée personnellement. Cependant, certains auteurs colombiens critiquent cette exigence. Ils considèrent qu'elle est inopportune car toutes les créances ne sont pas constatées par un titre. Cependant, dans la mesure où le législateur colombien exige la création d'un document constatant la créance, on doit comprendre que la notification mentionnée par l'article 1961 du Code civil doit être réalisée avec ce document. Voir à propos de cet aspect : M.-E. CAMACHO LÓPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, *op. cit.*, p. 423-424.

¹²⁹⁶ Voir en ce sens dans le domaine de la cession Dailly : R. BONHOMME, *Instruments de crédit et du paiement*, *op.cit.*, n° 257, p. 198 ; D. LEGEAIS, *Traité, Opérations de crédit*, *op.cit.*, n° 860, p. 477.

¹²⁹⁷ Voir en ce sens l'article R. 313-15 du Code monétaire et financier à propos des conditions de notification prévue dans le cadre de la cession des créances professionnelles. Rapp. M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, *op. cit.*, n° 175, p. 114, note 70 qui affirme que compte tenu du fait qu'aucun texte ne fixe le contenu de la notification, le régime de la cession Dailly pourrait servir de modèle.

¹²⁹⁸ V. En faveur de cette position : V. MALASSIGNE, *Les titres représentatifs, Essai sur la représentation juridique des biens*, *op.cit.*, n° 252, p. 201 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op.cit.*, n° 867, p. 742. Rapp. J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations, Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 474, p. 465-466.

¹²⁹⁹ Voir en ce sens l'ancien article 1691 du Code civil. La doctrine majoritaire française se prononçait en faveur de cette solution : T. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. II, *op. cit.*, n° 330 ; H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol 1, *Obligations, Théorie générale*, *op. cit.*, n° 1260, p. 1278 ; J. GHESTIN, « La transmission des obligations en droit positif français », in *La transmission des obligations*, Travaux des IX^{es} journées d'études juridiques Jean Dabin, art. préc., n° 24, p. 21 ; R. SALEILLES, *La théorie générale de l'obligation*, *op. cit.*, n° 96, p. 86-87.

¹³⁰⁰ En effet, l'article 1324 ne fait que signaler que la cession est opposable au débiteur par la notification, sans préciser à qui incombe la charge de son accomplissement

telle notification¹³⁰¹. Nous pensons qu'aussi bien le cédant que le cessionnaire pourrait la réaliser. Cette solution s'impose en droit français comme en droit colombien.

En droit français, le fait que les rédacteurs de l'ordonnance n'aient pas précisé à qui incombe la charge de la notification favorise une interprétation extensive. Certes, le cessionnaire a le plus d'intérêt à notifier la cession¹³⁰², dans les plus brefs délais, afin de nouer un rapport avec le débiteur de la créance cédée¹³⁰³, mais cela ne signifie pas que le cédant ne puisse pas le faire à son tour¹³⁰⁴.

Quant au droit colombien, malgré la position contraire d'une frange de la doctrine¹³⁰⁵ et certains arrêts de la Cour Suprême de Justice¹³⁰⁶, il convient d'admettre que la notification de la cession au débiteur peut être faite par le cédant ou par le cessionnaire. L'article 1961 du Code civil ne doit donc pas être interprété comme excluant le cédant des auteurs de la notification¹³⁰⁷. Si le législateur n'a pas considéré la nécessité de consacrer expressément la possibilité pour le cédant d'accomplir cette notification, une telle possibilité semble en effet aller de soi sachant que c'est le cessionnaire qui a le plus d'intérêt à notifier la cession¹³⁰⁸.

Ceci étant dit, force est de reconnaître, dans tous les cas où une telle notification a été accomplie par le cessionnaire, la possibilité pour le débiteur, afin de se protéger contre les risques de la cession, notamment celui d'un paiement non libératoire, de demander au cessionnaire une preuve raisonnable du contrat de cession et de sa portée¹³⁰⁹. C'est possiblement pour cette raison que le législateur colombien a considéré qu'il était nécessaire d'exiger que la notification de la cession par le cessionnaire soit accompagnée du titre constatant la créance, portant la signature du cédant

¹³⁰¹ L'article 1960 du Code civil dispose que « *La cession ne produit pas d'effet contre le débiteur ni contre les tiers, pourvu qu'elle n'ait été notifiée par le cessionnaire au débiteur, ou que celui-ci ne l'ait pas acceptée* ».

¹³⁰² M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, *op. cit.*, n° 175, p. 114.

¹³⁰³ Même si nos législateurs n'imposent aucun délai pour la notification, l'intérêt à le faire dans les plus brefs délais s'explique par le fait que ce n'est qu'à partir de ce moment que le débiteur sera lié au cessionnaire : F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, *op. cit.*, n° 336, p. 436.

¹³⁰⁴ M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, *op. cit.*, n° 175, p. 114.

¹³⁰⁵ Même si une frange importante de la doctrine colombienne semble considérer que la notification ne peut être faite que par le cessionnaire : F.-A. CASTILLO MAYORGA, « *La cesión de crédito* », art. préc., p. 423 ; H. D. VELASQUEZ GOMEZ, *Estudio sobre obligaciones*, *op. cit.*, n° 542, p. 1024 ; M. CASTRO DE CIFUENTES, « *Transmisión de las obligaciones* », art. préc., n° 3, p. 73 ; G. OSPINA FERNANDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, *op. cit.*, n° 461, p. 300. Cette tendance obéit à l'influence de la doctrine chilienne : R. ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, t. II, *op. cit.*, n° 1058, p. 869 ; G. FIGUEROA YÁNEZ, *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas*, t. VIII, *Código civil y leyes complementarias*, *op. cit.*, art. 1902, p. 23.

¹³⁰⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 28 février 1992, *Gaceta Jurisprudencial Leyer*, M.R. : H. Marin Naranjo, p.19.

¹³⁰⁷F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, I, *concepto, estructura, vicisitudes*, *op.cit.*, n° 336, p. 435-436. Certains auteurs considèrent que le cédant pourrait faire la notification pourvu que cela soit convenu par les parties : M.-E. CAMACHO LÓPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, *op. cit.*, p. 423, note 1261.

¹³⁰⁸ Voir en ce sens la position d'un auteur espagnol se référant aux textes de Pothier qui ne mentionnent pas non plus la possibilité pour le cédant de réaliser la notification de la cession au débiteur : J.-V. GAVIDIA SANCHEZ, « *La formación del sistema codificado de cesión de créditos* », *Anuario de derecho civil*, vol. 43, n° 4, art. préc., p. 1149-1150.

¹³⁰⁹ En faveur de cette possibilité : Th. JACOB, *Cession de créance et opposabilité*, thèse préc., n° 671, p. 319. Dans le même sens en droit suisse : P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, *op. cit.*, n° 277, p. 883-884 : « *Le débiteur a toujours le droit de demander communication de la cession elle-même (ou une copie conforme) soit pour s'assurer de la réalité ou de l'étendue de la cession, soit pour déterminer les exceptions ou les objections qu'il peut soulever en raison de la cession elle-même* ».

témoignant du transfert. Le plus important est d'accorder au débiteur, dans la mesure du possible, la certitude quant à la créance cédée et la personne du nouveau créancier¹³¹⁰. Cet aspect a déjà été mis en évidence par une partie de la doctrine classique française¹³¹¹. La jurisprudence française n'est pas non plus opposée à la possibilité pour le débiteur de demander des renseignements à propos de la cession¹³¹².

Cette interprétation est confortée en droit colombien dans le domaine de la cession à titre de garantie. L'alinéa 4 de l'article 28 de la loi sur les garanties mobilières dispose ainsi qu'« *au moment de la notification le débiteur de la créance pourra demander au créancier garanti ou au cessionnaire une preuve raisonnable de l'existence du contrat de cession ou du contrat de garantie mobilière* ». Puis, il est précisé que « *faute de présentation d'une telle preuve dans un délai de trois jours après la réception de la demande par le cessionnaire, le débiteur de la créance peut faire le paiement entre les mains du garant ou du cédant selon le cas* »¹³¹³. On voit donc que le législateur a intérêt à protéger le débiteur, par exemple contre le risque d'une fausse cession. La même tendance s'observe au sein de certaines codifications savantes¹³¹⁴. Par ailleurs, la doctrine classique française souligne que l'un des avantages de la réalisation de la signification par le cédant est de priver le débiteur de toute possibilité de contester la véracité de la cession pour refuser de se libérer entre les mains du cessionnaire¹³¹⁵.

475. Enfin, le dernier élément important d'une notification est la personne à qui elle doit être adressée. Puisqu'elle est un moyen d'établir un lien entre le cessionnaire et le débiteur de la

¹³¹⁰ Il est intéressant de constater qu'en droit allemand par exemple, l'acte de mise en possession du cessionnaire d'une créance doit procéder du cédant de manière directe ou indirecte : V. MALASSIGNE, *Les titres représentatifs, Essai sur la représentation juridique des biens par des titres en droit privé, op. cit.*, n° 244, p. 191, note 591.

¹³¹¹ Une partie de la doctrine classique française fait référence à une sorte de contrôle de la part du débiteur sur l'existence et la portée de la cession lui ayant été signifiée : PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *op.cit.*, n° 1118, p. 497, note 2 : « *La certitude à donner au débiteur cédé suppose non seulement un avertissement suffisamment clair qui lui soit adressé, mais aussi l'assurance que la cession existe réellement : d'où pour lui un droit de contrôle sur l'existence de la cession qui lui est signifiée* ».

¹³¹² Par exemple, dans le cas où le débiteur faisait grief à l'arrêt d'avoir rejeté la demande de mainlevée des saisies pratiquées à son encontre par un cessionnaire de la créance, sans avoir accueilli favorablement sa demande quant au droit d'obtenir la communication de l'intégralité de l'original de l'acte de cession, la Cour a laissé comprendre que la demande du débiteur était en elle-même légitime. Certes, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi, mais la raison esquissée n'était pas l'impossibilité pour le débiteur de demander une telle preuve. En précisant qu'il revient au pouvoir souverain du juge du fond de juger de la valeur et de la portée des éléments de preuve et que, dans le cas d'espèce, le juge avait trouvé que l'acte de cession et l'annexe qui avaient été signifiés au débiteur étaient suffisants pour lui informer de la cession, la Cour a reconnu, bien qu'implicitement, la légitimité d'une telle demande : Cass. civ. 2^e, 15 mai 2014, n° 13-15968, inédit : « *Mais attendu que le pouvoir d'ordonner ou non la production d'un élément de preuve détenu par une partie est laissé à la discrétion du juge ; qu'ayant retenu, par une appréciation souveraine de la valeur et de la portée des éléments de preuve produits par les parties, que l'acte de cession de créances et son annexe 1 b « liste des créances cédées avaient été signifiés à M. X... et qu'il contenait les mentions nécessaires à l'information du débiteur cédé, c'est sans méconnaître les dispositions de l'article 6, §1, de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que la cour d'appel a statué comme elle l'a fait* ».

¹³¹³ Voir la loi 1676 du 20 août 2013 relative aux garanties mobilières.

¹³¹⁴ Voir, par exemple les articles 9.1.12 des Principes d'UNIDROIT et 11:303 (2) des Principes du droit européen du contrat. Ces dispositions reconnaissent la possibilité pour le débiteur de demander au cessionnaire, dans le cas où celui-ci est l'auteur de la notification, d'apporter, dans un délai raisonnable, une preuve suffisante de la réalité de la cession.

¹³¹⁵ T. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. II, *op. cit.*, n° 330.

créance¹³¹⁶, et non pas uniquement une formalité d'information destinée à rendre de mauvaise foi le débiteur qui paie entre les mains du cédant, elle doit être adressée non seulement au débiteur de la créance cédée mais également, le cas échéant, à la caution et aux débiteurs solidaires. Cette précision est importante car ni le législateur français ni le législateur colombien ne se prononce à ce sujet.

S'agissant de la caution, débiteur lui-même, il est nécessaire de lui notifier la cession pour que le cessionnaire puisse faire valoir son droit à son encontre¹³¹⁷. Certains arrêts, en droit français, sans se prononcer expressément sur sa qualité, reconnaissent que, nonobstant le défaut d'accomplissement des formalités de l'article 1690 à l'égard du débiteur de la créance cédée, la caution ne peut pas invoquer l'inopposabilité de la cession en sa faveur dès lors qu'elle-même a été informée de la cession¹³¹⁸. Cette solution semble conforter l'idée de la nécessité d'« informer » la caution de la réalisation de la cession. Bien que la solution ait été appliquée dans un premier temps à la caution solidaire¹³¹⁹, elle a été étendue à l'hypothèse d'une caution simple¹³²⁰.

Quant à la cession d'une créance issue d'une obligation solidaire, il est pertinent d'exiger l'accomplissement de cette formalité à l'égard de chacun des codébiteurs solidaires¹³²¹. On doit donc approuver la position d'une partie de la doctrine colombienne qui se prononce en ce sens¹³²². La position de certains auteurs français¹³²³ et colombiens¹³²⁴ en faveur de la solution selon laquelle la cession serait opposable à l'égard de chacun des codébiteurs solidaires à partir de la notification faite à l'un d'entre eux ne suffit pas, en effet, à garantir une protection suffisante des codébiteurs¹³²⁵.

¹³¹⁶ Tant qu'elle n'intervient pas, le débiteur peut s'entendre valablement avec son créancier initial afin de modifier le contenu de la créance.

¹³¹⁷ Voir en ce sens : M. JULIENNE, *Le régime générale des obligations après la réforme*, op. cit., n° 175, p. 114-115 et plus précisément n° 185, p. 119 ; O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., art. 1323, p. 644 : « Certaines personnes occupent une position intermédiaire : bien que n'étant pas débitrices de la créance cédée, elles n'en sont pas moins tenues d'adresser au créancier un paiement dont l'exécution emporte libération du débiteur (...) Il en va surtout ainsi de la caution. Les mêmes causes devant produire les mêmes effets, ils devraient échapper à l'article 1323 et être soumis, comme le débiteur lui-même, à l'article 1324 ». Certains auteurs, tout en admettant que si la situation de la caution devait relever de l'art. 1324 (opposabilité au débiteur), sous l'empire des textes nouveaux, n'hésitent pas à affirmer qu'« on ne saurait contraindre le créancier à procéder à autant de notifications qu'il y a de débiteurs accessoires » : J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations*, Régime général, 4^e éd., op. cit., n° 475-1, p. 468.

¹³¹⁸ Soit par le biais de la signification, soit par le biais de l'acceptation de la cession. En d'autres termes, lorsque les formalités de l'article 1690 du Code civil, alors applicables en matière de cession de créance, avaient été accomplies à son égard.

¹³¹⁹ Cass. civ. 1^{re}, 4 mars 2003, n° 01-01375, *Bull. civ. I*, n° 61 ; *D*, 2003, p. 3041, obs. A.-S. Barthez ; *D. AJ*. 2003, p. 1562, obs. V. Avena-Robardet ; *Deffrénois* 2003, p. 1151, note B. Roman.

¹³²⁰ Cass. com. 27 mars 2007, n° 05-20696, *Bull. civ.* ; *RDC* 2007, p. 849-850 obs. D. Houtcieff.

¹³²¹ En ce sens en droit suisse : P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, op. cit., n° 277, p. 884 : « Si la créance cédée concerne plusieurs débiteurs, solidaires ou conjoints, l'avis doit être adressé à chacun d'eux ».

¹³²² H.-D. VELASQUEZ GOMEZ, *Estudio sobre obligaciones*, op. cit., n° 542, p. 1025 et plus précisément n° 235, p. 419

¹³²³ L. CADÏET, « Vente. Transport des créances et d'autres droits incorporels. Cession de créances. Conditions », *J. Cl. civil*, art. 1689 à 1695, fasc. 20, 2004 (maj. 7 juin 2016), spéc. n° 93 ; A. S. BARTHEZ, note préc., ss. Cass. civ. 1^{re}, 4 mars 2003, spéc. n° 5 qui considère que la signification d'un acte à l'un des codébiteurs solidaires vaut à l'égard des autres. *Contra* et à propos de la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 : M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, op. cit., n° 175, p. 114-115.

¹³²⁴ M.-E. CAMACHO LÓPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, op. cit., p. 425, note 1271 ; F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, I, *concepto, estructura, vicisitudes*, op. cit., n° 337, p. 436.

¹³²⁵ Même si on reconnaît le caractère libératoire du paiement fait par l'un des codébiteurs solidaires lorsque ce paiement a été réalisé en raison de sa méconnaissance de la cession. En effet, pensons à l'hypothèse où l'un des codébiteurs solidaires a

Par ailleurs, et pour la même raison, la position de la jurisprudence et de la doctrine françaises qui soutiennent, en se référant à l'article 1690 du Code civil, que ce texte exige uniquement que la cession soit signifiée à celui qui doit réaliser le paiement¹³²⁶ bien qu'il ne s'agisse pas du débiteur, doit être abandonnée. La raison tient à ce que l'ancienne signification, aujourd'hui notification, a une finalité plus large que la seule détermination du destinataire du paiement¹³²⁷. Certes, dans les hypothèses où la personne qui doit payer est quelqu'un d'autre que le débiteur, celle-ci doit être informée de la cession¹³²⁸. Le but est d'empêcher que celui qui doit réaliser le paiement, même si ce n'est pas le débiteur, ne le fasse pas, dans l'ignorance du transfert, au préjudice du cessionnaire¹³²⁹. Cependant, le débiteur de la créance cédée doit également être notifié de la réalisation de la cession. Cela est nécessaire pour qu'il soit effectivement délié de son créancier initial et lié à son nouveau créancier.

476. Si la notification est un moyen de lier le débiteur au cessionnaire, il n'est pas le seul. L'acceptation de la cession par le débiteur, reconnue expressément par le droit colombien, est également une formalité permettant d'accomplir la même fonction.

b) L'acceptation de la cession par le débiteur en droit colombien

477. L'acceptation de la cession par le débiteur est reconnue par le législateur colombien comme étant le second moyen de rendre efficace la cession de créance à l'égard du débiteur¹³³⁰. Cela ne signifie pourtant pas que le débiteur doit consentir à la cession. On sait que le consentement du débiteur n'est pas nécessaire pour la formation du contrat de cession¹³³¹. L'acceptation doit donc être comprise comme étant une simple reconnaissance de l'existence de la cession par le débiteur¹³³². Le législateur colombien reconnaît également qu'une telle acceptation peut être tacite ou expresse¹³³³ : dans l'hypothèse de l'acceptation expresse, le débiteur manifeste explicitement sa reconnaissance de la cession ; dans l'hypothèse de l'acceptation tacite, il reconnaît, par des faits non équivoques,

convenu avec le créancier initial d'une remise de dette ou de l'octroi d'un terme. Ce serait préjudiciable au codébiteur de ne pas admettre cette modification de la créance en sa faveur en arguant que la cession avait été notifiée à autre des débiteurs solidaires et, par conséquent, que la cession lui serait opposable.

¹³²⁶ Cass. Req. 5 janvier 1875, *DP* 1876, 1, p. 15 ; Cass. com. 15 juillet 1952, *juris.* p. 704. En ce qui concerne la doctrine : P. RAYNAUD, *Les contrats ayant pour objet une obligation, DEA de Droit privé général, les Cours de droit, op. cit.*, p. 167.

¹³²⁷ V. *infra* n° 487 et s.

¹³²⁸ V. *infra* 819, 820.

¹³²⁹ Voir décision de la Cour de cassation se prononçant sur une affaire dans laquelle la Chambre des Notaires avait payé un autre que le véritable créancier. (La cour a refusé de la qualifier de « tiers »).

¹³³⁰ Voir l'article 1960 du Code civil colombien.

¹³³¹ Voir *supra* n° 113.

¹³³² M. CASTRO De CIFUENTES, « Transmisión de las obligaciones », art. préc., p. 74 ; A. TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones, El acto o negocio jurídico y otras fuentes de obligaciones, op. cit.*, n° 292, p. 497.

¹³³³ Voir l'article 1962 du Code civil colombien.

l'existence de la cession¹³³⁴. La position du législateur colombien se comprend aisément si l'on tient compte du fait que l'acceptation de la cession n'est pas un consentement à celle-ci mais une simple information. Nos législateurs reconnaissant que, dans certaines circonstances, la manifestation tacite de volonté peut valoir consentement¹³³⁵, ils doivent *a fortiori* accorder de la valeur à une manifestation tacite ayant seulement une visée informative. Le législateur colombien nous donne quelques exemples de l'acceptation tacite, tels *litis contestatio* sans opposition, un principe de paiement au cessionnaire¹³³⁶, mais il ne s'agit pas d'une liste exhaustive¹³³⁷. Contrairement à ce qui est affirmé par une partie minoritaire de la doctrine colombienne, il n'est pas nécessaire que l'acceptation s'accomplisse par un acte authentique. Dès lors que le législateur colombien n'a pas imposé cette condition, on voit mal pourquoi on devrait l'exiger. Les critiques que nous avons exprimées à propos de la doctrine prônant une notification judiciaire sont ici transposables¹³³⁸.

478. D'autre part, rappelons que les dispositions originaires du Code Napoléon consacraient aussi l'acceptation comme un moyen de rendre la cession efficace au regard du débiteur¹³³⁹. Cependant, à la différence du législateur colombien, une telle acceptation devait avoir un caractère authentique¹³⁴⁰. Les auteurs dénonçaient la lourdeur d'une telle formalité, de la même façon qu'ils critiquaient l'exigence de signification¹³⁴¹. L'idée qu'une acceptation simple du débiteur pouvait

¹³³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 1^{er} décembre 2011, Réf. : exp. 11001-31036035-2004-00428-01, préc.

¹³³⁵ En ce qui concerne le droit colombien par exemple, l'article 1635 du Code civil reconnaît la valeur de la ratification tacite du créancier du paiement fait à une personne qui en principe n'avait pas l'autorisation pour le recevoir. L'article 1204 reconnaît la possibilité d'une révocation tacite d'une donation. En ce qui concerne le droit français, l'article 782 reconnaît la possibilité d'une acceptation expresse ou tacite de la succession. Il en va de même en ce qui concerne l'article 1922 relatif au dépôt volontaire. Cette disposition prévoit que pour la validité du dépôt volontaire est nécessaire que celui-ci soit fait par le propriétaire de la chose donnée en dépôt ou par son consentement exprès ou tacite.

¹³³⁶ H. D. VELÁSQUEZ GÓMEZ, *Estudio sobre obligaciones*, op. cit., n° 542.1, p. 1026; M. CASTRO CIFUENTES, « Transmisión de las obligaciones », art.préc., p. 74.

¹³³⁷ L'acceptation tacite pourrait résulter de la demande d'un délai du débiteur au cessionnaire : C. GOMEZ ESTRADA, *De los principales contratos civiles*, op. cit., p. 155. Une telle acceptation peut résulter aussi de la contestation de la demande par le débiteur sans opposer l'exception tirée de l'absence de notification : J. SUESCUN MELO, *Derecho privado*, t. II, *Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, op. cit., p. 550. D'autres cas d'acceptation tacite ont été reconnus par la jurisprudence, comme celui où un débiteur demande au cessionnaire de supprimer son nom de sa base de données arguant de la prescription de la dette. Pour la jurisprudence, ce type de demande met en évidence que le débiteur reconnaît le cessionnaire comme étant son créancier : Corte Constitucional colombiana, Sentence T-964, 24 novembre 2010, M.R. : Juan Carlos Henao Pérez. Il en serait de même de l'hypothèse où le débiteur de la créance cédée n'invoque pas l'absence de notification par le cessionnaire lors du procès à son encontre initié par le cessionnaire : Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, sentencia, 28 février 1992, M. R. : Hector Marin Naranjo, préc. Enfin, il en serait de même dans l'hypothèse où le débiteur accepte que le cessionnaire accomplisse certains actes qui seulement pourraient être réalisés par celui ayant la qualité de créancier, telle une mainlevée partielle de l'hypothèque : Tribunal superior del Distrito judicial de Guadalajara de Buga, Sala de decisión civil familia, 2 novembre 2006, M. R. Luz Angela Rueda Acevedo.

¹³³⁸ Voir *supra* n° 472.

¹³³⁹ Voir l'article 1690 du Code civil, applicable à la cession de créance avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016. La doctrine française, à l'instar de la doctrine colombienne, admet qu'une telle acceptation ne signifie pas un consentement à la cession mais une simple reconnaissance de la cession par le débiteur : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, op.cit., n° 362, p. 358 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1279, p. 1327.

¹³⁴⁰ Voir *supra* n° 327.

¹³⁴¹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil*, t. III, *Les obligations*, op.cit., n° 363, p. 359.

suffire à rendre la cession efficace à son égard semblait entérinée par l'ancien article 1295 du Code civil français. Si l'on suit ce texte à la lettre, on s'aperçoit que le législateur ne conditionne nullement le caractère authentique de l'acceptation à la perte de la possibilité pour le débiteur d'opposer l'exception de compensation¹³⁴². L'acceptation pure et simple du débiteur paraît suffisante pour empêcher qu'il oppose au cessionnaire la compensation qu'il eût pu opposer au cédant, avant l'acceptation¹³⁴³. De même, la jurisprudence avait reconnu quelques assouplissements lorsqu'il s'agissait de rendre la cession opposable au débiteur de la créance cédée¹³⁴⁴. Ainsi, les juges admettaient parfois que l'acceptation pouvait se réaliser à travers un acte sous seing privé, et qu'elle pouvait même être tacite¹³⁴⁵. Cependant, la jurisprudence restait finalement ambiguë sur cet aspect. La doctrine jugeait que le système était lourd et compliqué¹³⁴⁶.

479. C'est peut-être en raison de l'ambivalence entraînée par le recours au terme d'« acceptation » alors que le consentement du débiteur n'est pas nécessaire pour la réalisation de la cession, que le législateur français a décidé d'abandonner la référence à l'acceptation comme moyen permettant de lier le débiteur au cessionnaire. Notons d'ailleurs que l'acceptation de la cession par le débiteur en tant que moyen de rendre la cession efficace à son égard ne fait pas partie des moyens

¹³⁴² J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations, op. cit.*, n° 1236, p. 2460.

¹³⁴³ Sans entrer ici dans les détails du fonctionnement de la compensation, il est intéressant de mettre en avant le fait que les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas été complètement réticents à l'efficacité de la cession de créance à l'égard du débiteur de la créance cédée dans l'hypothèse d'une acceptation sous seing privé : Ph. DELMAS-SAINTE-HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique, op.cit.*, p. 295, note 334 : « L'article 1295 du code civil limite le jeu de l'exception de compensation : à partir du moment où le débiteur a accepté la cession, fut-ce dans un acte sous-seing privé, il ne peut plus opposer au cessionnaire une compensation antérieure à laquelle il est censé avoir renoncé (al. 1 art. 1295 du code civil). En revanche, si la cession lui a été simplement signifiée, il peut opposer une telle compensation ; seule la compensation postérieure est alors inopposable » (nous soulignons) ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations, Théorie générale, op.cit.*, par F. CHABAS, 1998, n° 1271, p. 1292.

¹³⁴⁴ C.A. Toulouse, 31 mai 2007, n° 06/ 02987, Ch. 02, Sec. 01, où les juges, afin de préciser les droits du cessionnaire, ont affirmé que celui-ci ne peut acquérir des droits plus étendus que ceux du cédant et, par conséquent, le débiteur peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions et notamment l'exception de compensation. Mais que la possibilité d'opposer une telle exception de compensation lui est, cependant, refusée s'il a accepté la cession après un engagement personnel, exprès ou implicite, envers le cessionnaire. Les juges ont pu souligner qu'elle pouvait être tacite, mais sans équivoque. *Contra* A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations, op.cit.*, n° 242, p. 310 : « Ces règles (celles relatives aux formalités de l'article 1690 du C.c.fr) souffrent deux sortes d'atténuations. D'une part, la loi considère que lorsque le débiteur a accepté la cession par acte authentique, les exceptions nées dans ses rapports avec le cédant avant la rédaction de cet acte ne sont opposables que s'il les a réservées dans l'acte » (nous soulignons).

¹³⁴⁵ Il est intéressant de noter que le paiement partiel en tant qu'espèce d'acceptation tacite permettant de lier le débiteur au cessionnaire a été reconnu par l'ancienne jurisprudence française : Req. 6 février 1878, DP 1878. I. 275, rapp. CUNYAC : « Attendu que si, aux termes de l'article 1690, la signification du transport au débiteur, ou l'acceptation de celui-ci par acte authentique, est indispensable pour saisir le cessionnaire à l'égard des tiers, le débiteur cédé est lié, envers lui, par l'engagement personnel, résultant de toute acceptation sous seing privé, ou verbale, ou même tacite ; que l'acceptation tacite ressort virtuellement des faits qui contiennent une adhésion nécessaire à la cession, comme, par exemple, si le débiteur paye au cessionnaire une partie de la somme cédée ». On peut constater que la jurisprudence française se rapproche de la position du législateur colombien qui reconnaît expressément le paiement partiel comme étant une acceptation tacite de la cession par le débiteur de la créance cédée. Voir dans le même sens CA Reims, 11 avril 1984, *Juris-Data* 1984-000645, C.A. Nîmes, *Juris-Data* 1983- 044118. Pour une décision plus récente : Cass. civ. 1^e, 19 sept. 2007, n° 06-11814, *Bull.civ.* I, n° 276. Mais la perception des loyers émanant du cessionnaire par le bailleur, même sans réserve, ne constitue pas une acceptation tacite (Cass. Ass. Plé., 14 févr. 1975, D. 1975. 349). En revanche, l'attitude du bailleur après la cession peut constituer une telle acceptation (par ex., en plus de la perception des loyers provenant du cessionnaire, le fait de lui donner congé, v. Cass. soc. 20 mars 1953, *Bull. civ.* I, n° 237 ; rapp. CA Paris, 29 juin 1989, D. 1991, somm. 34, obs. M. Vasseur)

¹³⁴⁶ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation, op.cit.*, n° 363, p. 359.

consacrés dans de nombreuses codifications savantes¹³⁴⁷. Même en droit colombien, dans le domaine de la cession de créance à titre de garantie, le législateur ne fait pas référence à cette formalité¹³⁴⁸ ; cependant, la question reste de savoir si la suppression de l'acceptation du débiteur par le législateur français est bien réelle, ou s'il ne s'agit pas plutôt d'un abandon purement formel. Tout porte à croire que la prise d'acte de la cession, second moyen de rendre opposable la cession au débiteur¹³⁴⁹, évoque effectivement l'acceptation de la cession par le débiteur.

c) La prise d'acte de la cession par le débiteur en droit français

480. Conformément au nouvel article 1324 du Code civil, la prise d'acte de la cession par le débiteur est un second moyen de rendre la cession opposable à son égard. Mais que doit-on comprendre par la « prise d'acte » ? Il s'agit d'une formule nouvelle, du moins dans le domaine du droit civil¹³⁵⁰, introduite par les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016. Il est regrettable que le législateur ne se soit pas prononcé ni sur la signification ni sur les modalités d'une telle prise d'acte. Ce sera donc à la jurisprudence de déterminer précisément les contours de cette formalité. Néanmoins, on peut d'ores et déjà relever certains avis de la doctrine. Certes, les auteurs semblent s'accorder sur le sens à donner à cette expression -la prise d'acte serait la reconnaissance de la cession par le débiteur¹³⁵¹ - ; toutefois, ils ne sont d'accord ni sur les modalités de cette prise d'acte, ni sur sa portée. Par exemple, certains auteurs laissent entendre que la prise d'acte peut intervenir à la seule initiative du débiteur¹³⁵² ; d'autres, en revanche, considèrent que celle-ci ne pourrait intervenir qu'à l'initiative du cédant ou du cessionnaire¹³⁵³. Le choix entre ces deux positions n'est pas dénué de conséquences pratiques importantes. Si l'on considère que la prise d'acte peut intervenir à la seule initiative du débiteur, il conviendrait d'admettre que le débiteur puisse invoquer la cession à son profit dès qu'il en

¹³⁴⁷ Rappelons que la tendance des codifications savantes est de ne pas faire référence à l'acceptation en tant que moyen permettant l'établissement du lien entre le débiteur et le cessionnaire. Cela pourrait expliquer le silence du législateur colombien à ce propos dans la loi consacrant la cession de créance à titre de garantie. Mais nous ne croyons pas que ce silence doive être interprété comme étant défavorable à la prise en compte d'une telle acceptation : M. -E. CAMACHO-LOPEZ, « La cesión de créditos en garantía, de acuerdo con la Ley 1676 de 2013 », art. préc., p. 173-174.

¹³⁴⁸ L'article 28 de la loi 1676 du 20 août 2013 laisserait comprendre que la seule formalité pour rendre la cession opposable au débiteur serait la notification.

¹³⁴⁹ Voir en ce sens le nouvel article 1324 du Code civil.

¹³⁵⁰ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., art. 1324, p. 648 où les auteurs signalent qu'il s'agit d'une formule utilisée en droit social et plus précisément dans le cadre de la rupture du contrat de travail.

¹³⁵¹ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *ibidem* ; M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, op. cit., n° 177, p. 115 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op. cit., n° 1419, p. 802 ; F. CHENEDE, « La cession de créance », art. préc., n° 13, p. 94 ; J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations, Régime général*, 4^e éd., op. cit., n° 474, p. 465-466.

¹³⁵² O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *ibidem* ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 867, p. 742 qui affirment qu'une lettre missive émanant du débiteur pourrait suffire pour considérer qu'il y a eu prise d'acte de la cession par le débiteur, sans préciser si une telle lettre peut être le résultat de la seule initiative du débiteur ou qu'elle est le résultat d'une invitation du cédant ou du cessionnaire.

¹³⁵³ M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, op. cit., n° 180, p. 116.

a une simple connaissance. Le texte nouveau remettrait donc en question la jurisprudence qui refuse au débiteur de payer le cédant en invoquant la cession malgré le défaut d'accomplissement des formalités de l'article 1690 du Code civil, applicable en matière de cession de créance avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016¹³⁵⁴. En revanche, si l'on suppose que la prise d'acte ne peut intervenir qu'à l'initiative du cédant ou du cessionnaire, on devrait conclure que si la simple connaissance de la cession par le débiteur ne suffit pas pour la lui rendre opposable, le débiteur ne peut pas non plus invoquer la cession à son profit dès qu'il en a une simple connaissance¹³⁵⁵.

Nous penchons en faveur de la seconde position. La prise d'acte de la cession par le débiteur doit être comprise comme la reconnaissance de la cession par le débiteur¹³⁵⁶. Il ne s'agit donc pas d'une simple connaissance¹³⁵⁷. C'est pourquoi, il conviendrait de conclure que si la simple connaissance du débiteur ne suffit pas à lui rendre la cession opposable¹³⁵⁸, il ne peut non plus se prévaloir de cette simple connaissance pour invoquer la cession à son profit.

D'importants arguments sont toutefois invoqués en faveur de la prise en compte de la connaissance du débiteur pour que la cession produise des effets à son égard. Quant à la connaissance en tant que fondement de l'opposabilité de la cession au débiteur, les auteurs soulignent que si celui-ci se libère entre les mains du cédant, malgré sa connaissance de la cession, il agit de mauvaise foi. Par

¹³⁵⁴ Voir en ce sens O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, art. 1324, p. 648 qui affirment que « le texte nouveau implique qu'il puisse aussi, si tel est son intérêt, invoquer la cession à son profit, en prendre acte, quand même elle ne lui aurait été notifiée (pour payer par exemple le cessionnaire ou refuser de payer le cédant) ». *Adde.* B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats*, *op. cit.*, n° 1083, p. 271 : « Autre nouveauté, le débiteur peut invoquer la cession dès qu'il en a consenti ou dès qu'il n'a eu connaissance alors qu'au préalable cette faculté ne lui était pas ouverte tant que la cession ne lui avait pas été signifiée ou qu'il ne l'avait pas acceptée ». Certains auteurs, tout en admettant que la nouvelle disposition permettrait cette solution, sont défavorables à l'idée que le débiteur puisse invoquer à son profit la cession dès qu'il en a une simple connaissance : L. ANDREAU et V. FORTI, *Chronique du régime général des obligations*, (sept. 2015-Février 2016) 2^e part., *LPA*, n° 153, p. 6.

¹³⁵⁵ M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, *op. cit.*, n° 179, p. 116 ; F. CHENEDE, « La cession de créance », *art. préc.*, n° 13, p. 94.

¹³⁵⁶ La référence à la prise d'acte de la cession par le débiteur peut s'expliquer par le caractère ambigu de l'expression « acceptation ». En effet, nous avons vu que le consentement du débiteur n'est pas requis, en principe, pour que la cession de créance puisse avoir lieu. Ainsi la prise d'acte doit être comprise comme le fait par le débiteur de constater la cession : H. ROLAND, *Dictionnaire des expressions juridiques*, LexisNexis, 2015, v° « Prendre acte ». Dans le même sens : M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (XI), *LPA*, 13 mai 2016, art. préc., spéc. art. 1347-5 où l'auteur souligne que : « La cession est opposable au cédé si elle lui est notifiée et s'il en a pris acte. Le texte ne traite pas de la notification mais seulement de la prise d'acte. Cette dernière est une reconnaissance par le cédé de l'existence de la cession ».

¹³⁵⁷ F. CHENEDE, « La cession de créance », *art. préc.*, n° 13, p. 94 ; O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, art. 1324, p. 648 ; M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, *op. cit.*, n° 178, p. 115-116 : « Le terme implique au moins une démarche active de la part du débiteur, ce qui interdit d'assimiler la simple connaissance de la cession à une prise d'acte » ; Rappr. de l'article 1690 du Code civil belge selon lequel « La cession n'est opposable au débiteur cédé qu'à partir du moment où elle a été notifiée au débiteur cédé ou reconnue par celui-ci ». *Contra* B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats*, *op. cit.*, n° 1082 et 1083, p. 271 : « Quant au donné acte du débiteur, il n'est également soumis à aucune forme. Tout moyen propre à prouver que le débiteur a eu connaissance de la cession, doit convenir. Néanmoins, un écrit sera le mieux ».

¹³⁵⁸ J.-F. FEDOU, « La contribution du groupe de travail de la Cour de cassation au nouveau régime général des obligations », *Le nouveau régime général des obligations*, V. Forti et L. Andreu (dir.), Dalloz, 2016, p. 13.

conséquent, il ne mériterait pas d'être protégé¹³⁵⁹. Allant plus loin encore, certains auteurs colombiens considèrent que la cession devrait être efficace à l'égard du débiteur même dans l'hypothèse où, sans avoir eu une connaissance effective de la cession, le débiteur aurait dû l'avoir¹³⁶⁰. À propos de la prise en compte de la connaissance par le débiteur pour qu'il puisse invoquer la cession à son profit, question surtout débattue au sein de la doctrine française, les auteurs invoquent le principe selon lequel les tiers peuvent invoquer les effets d'un contrat si c'est de leur intérêt¹³⁶¹.

Néanmoins, dans la mesure où les formalités concernant le débiteur de la créance cédée ont pour finalité de le lier officiellement au cessionnaire, et non seulement de l'informer que la cession a eu lieu, la simple connaissance de la cession par le débiteur ne devrait pas suffire, ni pour l'opposabilité de la cession au débiteur, ni pour l'opposabilité de la cession par le débiteur.

Quant à la possibilité de se servir de la simple connaissance du débiteur pour lui opposer la cession, elle doit être également rejetée car cela risque d'aggraver la situation du débiteur. En effet, le débiteur pourrait perdre la possibilité d'invoquer à son profit une remise de dette ou l'octroi d'un terme convenu avec son créancier initial.

D'autre part, en faveur du refus de la possibilité pour le débiteur d'invoquer à son profit une simple connaissance de la cession, deux raisons principales peuvent être invoquées. En premier lieu, si dans le projet de réforme le législateur avait consacré expressément la possibilité pour le débiteur de se prévaloir de la cession dès qu'il en avait connaissance¹³⁶², une telle disposition a été finalement supprimée dans l'ordonnance du 10 février 2016¹³⁶³. Ce retrait est un signe important du

¹³⁵⁹ En ce qui concerne le droit français : J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations, Régime général*, 3^e éd., *op. cit.*, n° 361, p. 377-378. Il convient de souligner que si c'était la position de M. François avant l'ordonnance du 10 février 2016, il la confirme même après ladite ordonnance, bien qu'il reconnaisse que conformément à la ligne jurisprudentielle, les règles gouvernant l'opposabilité de la cession l'emporteraient en principe sur la règle selon laquelle « *Le paiement de bonne foi fait à un créancier apparent est valable* (nouvel article 1342-3 C. civ. f) » : J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations, Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 480, p. 471-472 ; G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, *op. cit.*, n° 598, p. 436. En ce qui concerne le droit colombien : J. SUESCÚN MELO, *Derecho privado*, t. II, *Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, *op. cit.*, p. 549 ; F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, *op. cit.*, n° 339, p. 437-438.

¹³⁶⁰ J. SUESCÚN MELO, *ibidem.*, p. 550 ; F. HINESTROSA, *ibidem.*, n° 339, p. 438.

¹³⁶¹ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 868, p. 743 ; L. AYNES, *D.* 2009, 842, spéc. note 9. Rapp. M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IX), 26 avril 2016, art. préc., spéc. art. 1324 : « *Le texte ne précise pas si le cédé peut se prévaloir d'une cession dont il aurait connaissance malgré l'absence de réalisation de formalités d'opposabilité (comp. art. 1346-5). Puisque la solution de droit commun n'est pas écartée (comp. art. 1327-1), elle doit prévaloir (art. 1200, al. 2^e)* ».

¹³⁶² Voir en ce sens l'article 1335 du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations rendu public le 25 février 2015 : N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2015, p. 210. Un nombre important d'auteurs était favorable à une telle disposition pour mettre fin à l'impossibilité pour le débiteur, à défaut de signification ou d'acceptation dans un acte authentique, d'invoquer la cession contre le cédant qui demandait le paiement. En effet, rappelons que la jurisprudence française affirmait qu'à défaut de signification ou d'acceptation authentique, le débiteur ne pouvait pas se servir de sa simple connaissance de la cession pour refuser de payer entre les mains du cédant : Cass. civ. 20 juin 1938, *DP*, 1939, 1, 26, note A. Weill ; H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *GAJC*, t. II, *op. cit.*, n° 256-257 (I), p. 592-593 ; Cass. civ. 3^e, 12 juin 1985, n° 83-17134, *Bull. civ.* III, n° 95.

¹³⁶³ En effet, le nouvel article 1324 issu de l'ordonnance du 10 février 2016, concernant l'opposabilité de la cession au débiteur, ne reconnaît pas la possibilité en faveur de celui-ci d'invoquer la cession dès qu'il en a connaissance. En revanche, les

rejet de prise en compte de la simple connaissance de la cession, y compris en ce qui concerne l'opposabilité de la cession par le débiteur¹³⁶⁴. En second lieu, la possibilité pour le débiteur d'invoquer à son profit la cession dès qu'il en a une simple connaissance entraîne des difficultés pratiques non négligeables¹³⁶⁵. On peut en mentionner trois. La première tient à ce que la connaissance de la cession par le débiteur ne sera pas toujours fiable. En effet, le débiteur ne peut par exemple pas savoir s'il s'agit d'une cession partielle ou totale, ou si l'acte de cession était assorti d'une condition résolutoire qui s'est réalisée¹³⁶⁶. La seconde concerne l'hypothèse dans laquelle le cessionnaire souhaite laisser au cédant l'administration de la créance. Le fait de permettre au débiteur d'invoquer sa connaissance de la cession à son profit porterait atteinte aux prévisions contractuelles des parties¹³⁶⁷. Certains auteurs suggèrent, afin de pallier ce risque, que le cessionnaire donne un mandat d'encaissement au cédant¹³⁶⁸. Cependant, comme l'a souligné un auteur, un tel mandat ne confère pas, par exemple, le droit d'agir en justice¹³⁶⁹. La troisième difficulté tient à l'incertitude quant à la date à retenir en vue d'établir si le débiteur est effectivement lié au cessionnaire. Cette difficulté surviendra notamment dans l'hypothèse où le débiteur invoquerait sa connaissance de la cession afin de faire valoir une compensation contre le cessionnaire.

481. En définitive, la prise d'acte évoquée par le nouvel article 1324 du Code civil français doit être tenue pour l'équivalent de l'acceptation consacrée à l'article 1690 du même code¹³⁷⁰. Si le législateur a décidé ce changement de terminologie, le plus probable est qu'il ait voulu seulement

rédacteurs de l'ordonnance ont maintenu la règle selon laquelle le débiteur peut se prévaloir de la subrogation personnelle dès qu'il en a connaissance, même si l'opposabilité de la subrogation à son égard est conditionnée, soit à la notification, soit à la prise d'acte de la subrogation (voir le nouvel article 1346-5 issu de l'ordonnance du 10 février 2016).

¹³⁶⁴ F. CHENEDE, « La cession de créance », art. préc., n° 13, p. 94 ; Ch. GIJSBERS, « Le nouveau visage de la cession de créance », art. préc., note 39 qui renforce cette thèse en mettant en valeur la formulation restrictive utilisée par le législateur quant aux moyens de rendre la cession opposable au débiteur cédé ; M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, op. cit., n° 179, p. 116. *Contra* G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 868, p. 742-743.

¹³⁶⁵ M. MEKKI, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2016, p. 608, spéc. n° 32.

¹³⁶⁶ Voir en ce sens : M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, op. cit., n° 180, p. 116, note 79.

¹³⁶⁷ Voir en ce sens et contre la possibilité pour le débiteur d'invoquer la cession à son profit dès qu'il en a connaissance consacrée dans le projet de réforme : M. JULIENNE, « Cession de créance : transfert d'un bien ou changement de créancier », art. préc., p. 70 : « La réalisation d'une telle « cession » interne pourrait cependant se trouver compromise dès lors que le cédé peut se prévaloir du transfert sans même qu'il lui soit notifié. On eût mieux compris que les parties maîtrisent totalement l'opposabilité de la cession au débiteur ». Voir en ce sens à propos de la suppression de cette possibilité dans l'ordonnance du 10 février 2016 : M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, op. cit., n° 180, p. 116.

¹³⁶⁸ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., art. 1324, p. 648.

¹³⁶⁹ M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, op. cit., n° 180, p. 116 qui cite Cass. com., 27 mai 2014, n° 13-16673 : *RDBF*, 2014, comm. 193, obs. F.-J. Crédot et T. Samin.

¹³⁷⁰ En témoigne le fait que l'effet de la prise d'acte en matière de compensation soit le même que celui attaché auparavant à l'acceptation de la cession par le débiteur : voir le nouvel article 1347-5 du Code civil. Le législateur s'est référée à la prise d'acte au nouvel article 1347-5 du Code civil relatif aux effets de la compensation en cas d'une cession de créance.

empêcher toute confusion avec le terme d'acceptation¹³⁷¹ au sens de consentement à la formation du contrat¹³⁷². L'idée selon laquelle le législateur aurait voulu permettre la prise en compte de la simple connaissance du débiteur doit être rejetée.

482. Ainsi, ce qui paraît le plus important s'agissant des moyens permettant d'établir effectivement le lien entre le débiteur de la créance cédée et le cessionnaire est qu'ils soient caractérisés par un degré de certitude ou de fiabilité suffisant pour garantir une protection adéquate du débiteur ainsi que le bon déroulement de la cession de créance. En ce sens, même si ni le droit français ni le droit colombien ne le prévoit expressément, l'intervention du débiteur à l'acte de cession peut constituer un moyen efficace de le lier officiellement au cessionnaire¹³⁷³. Une telle participation assure la reconnaissance du changement de créancier par le débiteur. Celui-ci bénéficie alors d'une information fiable à propos de la réalisation et de l'étendue de la cession¹³⁷⁴. Pour la même raison, la portée de l'hypothèse visée par le nouvel article 1324 du Code civil français relative à l'opposabilité de la cession au cédé sans aucune formalité lorsqu'il y « a déjà consenti » doit être précisée. Le consentement évoqué par ce texte semble être celui correspondant à l'hypothèse d'une créance qui a été stipulée incessible¹³⁷⁵. Alors, ce ne sera que dans le cas où le débiteur donne son consentement au moment de la cession, en raison de la stipulation d'une clause d'incessibilité, que l'on pourra considérer que la cession lui sera opposable immédiatement. L'intervention du débiteur à la cession justifie cette solution. En revanche, lorsque le consentement du débiteur a été donné par anticipation à la réalisation de la cession, le débiteur doit être informé ou prendre acte de la cession pour que celle-ci lui soit opposable. Dans cette dernière hypothèse, le consentement anticipé du débiteur ne fait que lever

¹³⁷¹ C'est d'ailleurs la première signification de ce terme donnée par le vocabulaire juridique Cornu : G. CORNU, *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, *op. cit.*, V° « Acceptation » : « 1. Consentement d'une personne à une offre (de contrat) qui lui a été faite ».

¹³⁷² M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, *op. cit.*, n° 177, p. 115-116 ; O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, art. 1324, p. 648.

¹³⁷³ L'article 2362 du Code civil français dispose qu'une telle intervention permet l'opposabilité du nantissement à l'égard du débiteur de la créance nantie.

¹³⁷⁴ J.-M. AUSSEL, *Essai sur la notion de tiers en droit civil français*, *op. cit.*, n° 134, p. 152-153. Voir à propos des conséquences de la présence d'une personne à un acte juridique : M. VASSEUR, « Essai sur la présence d'une personne à un acte juridique accompli par d'autres », *RTD civ.* 1949, spéc. n° 5, p. 177 : « A plus forte raison, le concept de tiers va-t-il se trouver altéré à l'égard de ceux dont la présence à l'acte, quand même elle ne serait imposée par aucune obligation légale, détruit le préjugé d'indifférence qui est à la base de la notion de tiers. Ne peut dans ces conditions se prétendre tiers qui veut, et si la personne présente ne peut d'emblée être réputée partie, sa présence n'est jamais pour elle sans conséquences ». Plus précisément, et conformément aux développements de l'auteur, la présence peut garantir l'opposabilité de l'acte : « Une telle présence peut être une garantie pour les auteurs de l'acte, en ce qu'elle place désormais la personne dans l'impossibilité de soutenir qu'elle ignore l'acte auquel elle a assisté et l'empêche d'en méconnaître l'existence » (n° 23, p. 196). Ainsi, l'auteur précise que la présence du débiteur à la cession de créance entraîne l'opposabilité de la cession à son égard et rend inutile, en ce qui le concerne, l'exécution des formalités prévues par l'article 1690 du Code civil, alors applicable en matière de cession de créance, voire la signification ou l'acceptation dans un acte authentique.

¹³⁷⁵ Rappelons que conformément au nouvel article 1321, alinéa 4, « Le consentement du débiteur n'est pas requis, à moins que la créance ait été stipulée incessible ». Voir en ce sens : M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, *op. cit.*, n° 176, p. 115 ; O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, art. 1324, p. 649.

l'interdiction de cession mais cela ne garantit pas que le débiteur ait une réelle connaissance ni de la cession ni de l'existence du cessionnaire. C'est pourquoi l'accomplissement, soit de la notification, soit de la prise d'acte de la cession par le débiteur, s'avère nécessaire¹³⁷⁶.

483. Si l'accomplissement des formalités que l'on vient de signaler est justifié d'un point de vue théorique, la modification de l'obligation opérée par la cession de créance étant à l'origine de la nécessité de l'établissement d'un lien entre le cessionnaire et le débiteur, il s'appuie également sur des considérations d'ordre pratique.

3- *Considérations d'ordre pratique*

484. L'établissement d'un lien officiel entre le cessionnaire et le débiteur de la créance cédée s'avère indispensable d'un point de vue pratique pour différentes raisons. Premièrement, ce n'est qu'à partir de l'établissement dudit lien que le débiteur sera effectivement obligé d'exécuter la prestation due au cessionnaire (a). Deuxièmement, c'est précisément à compter de cet établissement que le débiteur ne pourra plus opposer certaines exceptions au cessionnaire (b). Troisièmement, ce n'est qu'à partir de la mise en relation du débiteur et du cessionnaire que de nouvelles exceptions pourront naître en faveur du premier et à l'encontre du second, comme conséquence du nouveau rapport noué entre eux (c).

a) Détermination du moment à partir duquel le débiteur est tenu de payer le cessionnaire

485. Une fois le lien juridique noué entre le cessionnaire et le débiteur de la créance cédée, le premier est obligé envers le second. Ce n'est qu'à partir de ce moment que le débiteur doit exécuter la prestation due entre les mains du cessionnaire. Deux conséquences principales en découlent.

La première est que le débiteur n'est pas obligé de payer le cessionnaire avant l'établissement du lien officiel par l'un des mécanismes mentionnés précédemment¹³⁷⁷. Certes, le cessionnaire peut accomplir des mesures conservatoires avant l'établissement de ce lien, car il est déjà titulaire de la créance¹³⁷⁸ : le transfert de la créance a déjà eu lieu même si la modification du lien est encore en attente¹³⁷⁹. Mais le débiteur peut légitimement refuser de s'exécuter à l'égard du cessionnaire jusqu'à ce qu'il soit mis officiellement en relation avec lui, et ce indépendamment du fait qu'il ait

¹³⁷⁶ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Ibidem* ; M. JULIENNE, *Ibidem*.

¹³⁷⁷ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation, op.cit.*, n° 371, p. 368.

¹³⁷⁸ Voir *supra* n° 1389. *Adde.* F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1285, p. 1332.

¹³⁷⁹ Ce qui s'explique, tel que nous avons eu l'occasion de l'évoquer antérieurement, en raison de la dissociation des effets translatif et modificatif de la cession de créance : *supra* n° 465.

connaissance de la cession¹³⁸⁰. Ainsi, le paiement fait entre les mains du cédant est libératoire tant que l'établissement du lien avec le cessionnaire n'a pas eu lieu¹³⁸¹.

Laissant de côté l'hypothèse de la fraude¹³⁸², la deuxième conséquence est que le débiteur se libère valablement entre les mains du cédant jusqu'à ce que l'établissement du lien se réalise, indépendamment du fait qu'il y ait eu ou non connaissance de la cession. C'est précisément le sens des articles 1690 et 1691 du Code civil français et de l'article 1963 du Code civil colombien. En insistant sur le caractère libératoire du paiement réalisé par le débiteur entre les mains du cédant avant l'accomplissement des formalités qui lui sont imposées, le législateur reconnaît que le débiteur continue d'être lié à son créancier originaire.

Rappelons qu'une partie de la doctrine française considérait que les articles 1690 et 1691 du Code civil, applicables en matière de cession de créance avant l'ordonnance du 10 février 2016, n'étaient qu'une application de la règle générale relative au caractère libératoire du paiement de bonne foi au créancier apparent. De la sorte, le paiement fait par le débiteur entre les mains du cédant ne serait libératoire que s'il ignore la réalisation de la cession, indépendamment de l'accomplissement des formalités mentionnées¹³⁸³. Mais cette thèse ne nous semble pas entièrement convaincante. Nous considérons que les textes mentionnés ci-dessus consacrent plutôt une sorte d'autorisation en faveur du débiteur de payer le cédant jusqu'à ce que l'on le mette en relation avec le cessionnaire¹³⁸⁴. S'agissant du droit français, l'article 1691 du Code civil doit être considéré comme étant une application de l'ancien article 1238 du même code qui dispose que « *le paiement doit être fait au créancier, ou à quelqu'un ayant pouvoir de recevoir de lui, ou qui soit autorisé par justice ou par la loi à recevoir pour lui* ». Pour ce qui est du droit colombien, l'article 1963 du Code civil doit être considéré comme une application de l'article 1634, lequel, à l'instar de l'ancien article 1238 du Code civil français, reconnaît la validité du paiement

¹³⁸⁰ En droit français : M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, *op. cit.*, n° 187, p. 120 ;

¹³⁸¹ En droit français : F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1285, p. 1332-1333. En droit colombien : J.-A. BONIVENTO FÉRNANDEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, *op. cit.*, n° 172, p. 370 ; G. OSPINA FERNANDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, *op. cit.*, n° 461, p. 300.

¹³⁸² Ainsi, en cas de connaissance de la cession par le débiteur et s'il existe une manœuvre frauduleuse entre celui-ci et le cédant pour faire échec aux droits du cessionnaire, il conviendrait de conclure au caractère non libératoire du paiement. On pourrait même envisager l'éventuelle responsabilité du cédant à l'égard du cessionnaire.

¹³⁸³ En droit français : J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 3^e éd., *op. cit.*, n° 370, p. 396 ; Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse préc., t. I, n° 36, p. 68 et n° 58, p. 118 ; G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, *op. cit.*, n° 598, p. 436. En droit colombien : F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, I, *concepto, estructura, vicisitudes*, *op. cit.*, n° 339, p. 438 ; J. SUESCÚN MELO, *Derecho privado*, II, *Estudios de Derecho civil y comercial contemporáneo*, *op. cit.*, p. 551.

¹³⁸⁴ Cela implique de reconnaître que le cessionnaire, même s'il ne peut pas obtenir paiement du débiteur de la créance cédée, faute de notification ou de la prise d'acte de la cession par le débiteur, peut tout de même réclamer au cédant les sommes reçues à titre de paiement de la créance cédée. La raison tient à ce que le cessionnaire est déjà propriétaire de la créance cédée même s'il n'a pas été encore mis en relation avec le débiteur de la créance cédée : M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, *op. cit.*, n° 174, p. 113.

non seulement lorsqu'il est fait entre les mains du créancier, mais aussi dans les hypothèses où il est fait entre les mains de celui autorisé par la loi pour le recevoir.

Cette solution doit-elle être maintenue en droit français depuis l'entrée en vigueur de la réforme au droit des obligations ? Une réponse positive s'impose car les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont gardé silence sur la prise en compte de la simple connaissance de la cession, nonobstant la consécration de dispositions spéciales concernant l'efficacité de la cession à l'égard du débiteur. Plus encore, l'abandon de la disposition initialement prévue dans le projet d'ordonnance selon laquelle le débiteur pouvait invoquer la cession dès qu'il en avait connaissance est un signe défavorable à la prise en compte de la simple connaissance du débiteur¹³⁸⁵.

486. Dans ce contexte et au regard des considérations précédentes, il convient de reconnaître, contrairement à ce qui est soutenu par une partie de la doctrine française¹³⁸⁶, que la reconnaissance par la jurisprudence du caractère libératoire du paiement réalisé par le débiteur entre les mains du cédant avant l'accomplissement de la signification ou de son acceptation dans un acte authentique, ainsi que la possibilité pour le cessionnaire de demander le paiement au débiteur avant l'accomplissement des formalités prévues par le législateur, n'exposent pas le débiteur à payer deux fois. On peut considérer que le débiteur a le choix : il lui est possible de payer soit le cédant, soit le cessionnaire¹³⁸⁷. Dans les deux hypothèses on peut considérer que le paiement est libératoire : dans le premier cas, le caractère libératoire obéit au fait que le débiteur n'a pas été officiellement mis en relation avec le cessionnaire ; dans le second, le paiement effectué par le débiteur entre les mains du cessionnaire doit être analysé en une acceptation tacite de la cession¹³⁸⁸.

Est-ce à dire que le paiement ne serait libératoire, comme cela paraît être suggéré par certaines décisions jurisprudentielles, que dans la mesure où il ne porte pas atteinte aux droits des tiers ?¹³⁸⁹ Nous ne le croyons pas. La principale difficulté de cette analyse réside dans le fait qu'il n'est pas certain que le débiteur puisse savoir si un tiers a acquis, du chef du cédant, un droit concurrent

¹³⁸⁵ V. *supra* n° 480.

¹³⁸⁶ Le paiement effectué par le débiteur entre les mains du cessionnaire peut être analysé en une prise d'acte de la cession par le débiteur conformément au nouvel article 1324 du Code civil.

¹³⁸⁷ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, n° 372, p. 369 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n° 318, p. 352 ;

¹³⁸⁸ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *ibidem*. Rappr. J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, *ibidem*, qui considèrent que « le paiement effectué au premier poursuivant est valable est libératoire, dès lors que le débiteur ne méconnaît pas les droits des tiers, généralement ceux de ses propres créanciers ».

¹³⁸⁹ Cass. civ., 4 janv. 1847, *S.* 1847, 1, 162 ; Cass. civ. 4 mars 1931, *D.* 1933, 1, 73 note Radouant. Pour une décision récente : Cass. com., 28 sept. 2004, *Juris-Data* n° 2004-024989 ; *JCP* 2004, IV, 3112 où la Cour précise que « Mais si la signification de la cession de créance ou l'acceptation authentique de la cession par le débiteur cédé est en principe nécessaire pour que le cessionnaire puisse opposer au tiers le droit acquis par celui-ci, le défaut d'accomplissement de ces formalités ne rend pas le cessionnaire irrecevable à réclamer au débiteur cédé l'exécution de son obligation quand cette exécution n'est susceptible de faire grief à aucun droit advenu depuis la naissance de la créance soit audit débiteur cédé, soit à une autre personne étrangère à la cession ».

sur la créance. Le caractère libératoire du paiement ne devrait donc dépendre que de l'établissement du lien entre le débiteur de la créance cédée et le cessionnaire.

487. Même si la question du caractère libératoire du paiement réalisé par le débiteur est importante, il ne s'agit pas du seul enjeu attaché à l'établissement du lien entre le cessionnaire et le débiteur de la créance cédée¹³⁹⁰. A compter de ce moment, le débiteur s'expose aussi à la perte de certains moyens de défense qu'il aurait pu invoquer si la cession n'avait pas eu lieu.

b) Détermination du moment à partir duquel le débiteur s'expose à la perte de certaines exceptions

488. Pour certaines exceptions, la détermination du moment de l'établissement du lien entre le débiteur cédé et le cessionnaire est indifférente, car le débiteur pourra continuer à les opposer indépendamment du changement de créancier¹³⁹¹. Pour d'autres, en revanche, l'établissement du lien entre le débiteur et le cessionnaire est fondamental : à partir de ce moment, le débiteur perdra la possibilité d'opposer au cessionnaire les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant si la cession n'avait pas eu lieu. Cette différence de traitement s'explique par le fait que parmi les moyens de défense que le débiteur peut opposer, certains sont liés à la seule qualité du créancier alors que d'autres ne le sont pas.

On comprend donc pourquoi l'établissement d'un lien entre le cessionnaire et le débiteur s'avère si important et pourquoi la simple connaissance du débiteur n'est pas un moyen adéquat¹³⁹². En d'autres termes, l'établissement du lien entre le cessionnaire et le débiteur est indispensable car ce n'est qu'à partir de ce moment que le débiteur ne pourra plus s'entendre valablement avec son créancier originaire¹³⁹³. Par exemple, le débiteur pourra opposer au cessionnaire des exceptions comme la remise de la dette ou l'octroi d'un délai pour le paiement de la dette qu'il aura acquise contre le

¹³⁹⁰ Voir en ce sens : Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse préc., t. I, n° 40, p. 76 : « Dans la cession de créance, ce qui importe, ce n'est pas seulement de savoir à qui le débiteur ou son mandataire doivent payer mais encore et surtout, il faut que le débiteur sache avec lui il est dorénavant lié juridiquement, avec toutes conséquences qu'un tel lien implique ».

¹³⁹¹ Par exemple, les exceptions de nullité, d'inexécution ou de résolution sur lesquelles nous reviendrons plus loin : V. *infra* n° 515, 523 s.

¹³⁹² Pour les auteurs qui considèrent que la connaissance de la cession par le débiteur permettrait de le lier effectivement au cessionnaire, le débiteur ne pourrait pas opposer au cessionnaire les actes modificatifs de la créance résultant de ses rapports avec son créancier initial après sa connaissance de la cession. Voir en ce sens en droit colombien : F. HINESTROSA, *Traatado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, *op. cit.*, n° 339, p. 438; M.-E. CAMACHO LÓPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, *op. cit.*, p. 452.

¹³⁹³ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op.cit.*, n° 353, p. 325 : « Dans les rapports entre le débiteur cédé et le cédant, la jurisprudence tire les conséquences normales de l'article 1690. Elle admet qu'antérieurement à l'accomplissement de la publicité, le débiteur ne peut refuser de payer le cédant et que, de même, les exceptions qu'il acquiert contre celui-ci seront opposables plus tard au cessionnaire ».

cédant après la réalisation de la cession mais avant l'accomplissement des formalités ayant pour fonction de le lier au cessionnaire¹³⁹⁴.

489. De manière plus générale, l'établissement du lien entre le cessionnaire et le débiteur permettra de déterminer à partir de quel moment le débiteur peut faire valoir de nouveaux moyens de défense à l'encontre du cessionnaire en raison, précisément, du changement de créancier.

c) Détermination du moment à partir duquel le débiteur peut bénéficier de nouveaux moyens de défense contre le cessionnaire

490. A partir de l'accomplissement des formalités prévues par le législateur à l'égard du débiteur, celui-ci se trouve obligé envers un autre créancier : le cessionnaire. Il est donc normal que si le débiteur s'expose au risque de perdre certaines exceptions, il puisse également opposer de nouveaux moyens de défense comme conséquence du changement de créancier¹³⁹⁵. Pour n'en donner que quelques exemples, on peut mentionner la possibilité pour le débiteur de la créance cédée d'invoquer une exception de compensation dans l'hypothèse où le cessionnaire est, à son tour, son débiteur¹³⁹⁶. Il en est de même en ce qui concerne l'exception de prescription. D'après les articles 2234 et 2235 du Code civil français, la prescription ne court pas ou est suspendue en considération de la situation du créancier. Ainsi, si le cédant est un mineur par exemple et que, par conséquent, la prescription est suspendue en sa faveur, il ne devrait pas en aller de même à l'égard du cessionnaire. Le débiteur pourrait donc invoquer la reprise de la prescription contre le cessionnaire¹³⁹⁷. L'article 2530 du Code civil colombien va dans le même sens.

¹³⁹⁴ E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op.cit., n° 702, p. 428 : « Il y a cependant des différences : en droit allemand, le débiteur cédé peut faire valoir les exceptions jusqu'au moment de la connaissance de la cession, le droit français reporte ce moment jusqu'à la signification. Dans les deux droits, le débiteur peut invoquer deux types d'exceptions. Il s'agit d'exceptions qui tendent à minorer la créance cédée et de l'exception de compensation » ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op. cit., n° 1422, p. 805 : « Cependant, comme le cédant a perdu la qualité de créancier après la cession, les exceptions qui résultent de sa seule position de créancier (paiement, remise de dette, modification de la dette, prorogation du terme) ne valent que si elles sont nées alors qu'il avait encore cette qualité aux yeux du débiteur. Si elles sont nées avant que la cession ne soit devenue opposable au débiteur, celui-ci pourra les opposer au cessionnaire (art. 1324, al. 2) » ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1291, p. 1339.

¹³⁹⁵ E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op.cit., n° 704, p. 429 : « Le débiteur peut notamment opposer en droit français et en droit allemand (...) les exceptions susceptibles de résulter des nouveaux rapports créés entre le cessionnaire et lui-même ». ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, op.cit., n° 355, p. 327 : « On considèrerait plutôt traditionnellement que le débiteur ne peut opposer au cessionnaire les exceptions tirées de ses relations avec le cédant qu'à la condition qu'elles soient nées avant que la cession lui devienne opposable. Il ne peut exister, après cette date, d'autres exceptions que celles procédant des relations entre le débiteur et le cessionnaire » ; Ch. LACHIEZE, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, op.cit., n° 499, p. 489.

¹³⁹⁶ Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse préc., t. I, n° 27, p. 49.

¹³⁹⁷ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Régime général*, op. cit., n° 47, p. 22 : « Par exemple, le cédant pouvait être un mineur ; en cette qualité, il bénéficiait de la suspension de la prescription. Cette suspension ne jouera pas au profit du cessionnaire si celui-ci est une personne majeure. En d'autres termes, les avantages ne se transmettent que s'ils ne se présentent pas comme des faveurs personnelles au cédant ».

491. Ces hypothèses servent d'exemples pour illustrer combien il est important d'établir un lien officiel entre le cessionnaire et le débiteur. Les difficultés que poserait la prise en compte de la simple connaissance de la cession seraient majeures. Comment pourrait-on déterminer avec une certitude suffisante le moment à partir duquel le débiteur peut se prévaloir d'une compensation issue de ses rapports avec le cessionnaire ou encore le moment à partir duquel il y aurait lieu de considérer la reprise de la prescription dans l'hypothèse où le cédant serait un mineur mais le cessionnaire ne le serait pas ?

492. En définitive, l'établissement d'un lien entre le cessionnaire et le débiteur est sans aucun doute une mesure nécessaire pour protéger le débiteur des risques que la cession peut entraîner à son égard. Mais cette protection est également assurée par d'autres moyens, telle la consécration du principe de non-aggravation de la situation du débiteur.

B- Le principe de non-aggravation de la situation du débiteur

493. Le principe de non-aggravation de la situation du débiteur n'est qu'une contrepartie du pouvoir unilatéral de modification de l'obligation par le créancier. En quoi consiste exactement un tel principe ? S'agit-il d'un principe absolu ? Pour tenter de répondre à ces questions, nous analyserons d'abord sa portée (1), pour en présenter ensuite quelques tempéraments (2).

1- La portée du principe

494. Afin d'empêcher que la situation du débiteur ne soit pas aggravée par la cession, il est classiquement soutenu que la cession ne modifie pas le contenu de la créance et, par conséquent, que le débiteur peut opposer au cessionnaire les mêmes exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant si la cession n'avait pas eu lieu. Cependant, cette vision s'avère non seulement imprécise mais aussi quelque peu réductrice. Elle est imprécise car même si le maintien du contenu de la créance répond effectivement au besoin de ne pas aggraver la situation du débiteur (a), il ne se confond pas avec la règle de l'opposabilité des exceptions (b). En outre, cette vision classique est réductrice car le principe de non-aggravation de la situation du débiteur implique également, sans souci d'exhaustivité, que les conditions d'exécution de la créance ne soient pas modifiées (c) et que le débiteur ne soit pas tenu d'autres charges ou obligations du fait de la cession (d).

a) Le maintien du contenu de la créance

495. La doctrine et la jurisprudence, en France et en Colombie, s'accordent sur le fait que la cession de créance ne modifie pas la créance qui en est l'objet. La raison invoquée est le caractère translatif de la cession. Ainsi, en application du principe du *nemo plus iuris alium transferre potest quam ipse habet* selon lequel nul ne peut transférer plus de droit qu'il n'en a lui-même¹³⁹⁸, le cessionnaire reçoit la créance dans l'état dans lequel elle se trouve dans le patrimoine du cédant¹³⁹⁹. Envisagé du point de vue du débiteur, ce principe se traduit par la possibilité pour celui-ci d'invoquer, contre le cessionnaire, les modalités de l'obligation, telles que l'existence d'un terme ou d'une condition, ou même la nature facultative ou alternative de l'obligation. De plus, le débiteur peut se prévaloir, à l'encontre du cessionnaire, des clauses de juridiction ou d'arbitrage. Dans la mesure où ces clauses permettent la réalisation ou la mise en œuvre de la créance, elles ne font que façonner le régime de celle-ci¹⁴⁰⁰.

496. Cependant, une partie de la doctrine, en France comme en Colombie, évoque d'autres raisons afin de justifier le fait que les modalités de l'obligation ou les clauses attributives de juridiction s'imposent au cessionnaire. En ce qui concerne les clauses de juridiction ou d'arbitrage, certains auteurs affirment qu'elles s'imposent au cessionnaire en raison de leur caractère accessoire¹⁴⁰¹. Quant aux modalités de l'obligation, d'autres affirment qu'elles s'imposent en application du principe d'opposabilité des exceptions¹⁴⁰². Pourtant, aucun des fondements signalés n'emporte la conviction.

497. Deux raisons principales expliquent notre position. La première est que les modalités affectant une obligation ne sont pas des exceptions mais l'obligation elle-même, car tout ce qui a un rapport avec la détermination de l'objet de l'obligation constitue l'obligation elle-même, et non une exception au sens du principe de l'opposabilité des exceptions¹⁴⁰³. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les clauses attributives de juridiction ou les clauses d'arbitrage, entre autres, constituent également le

¹³⁹⁸ Sur l'origine et le sens de l'adage : H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 3^e éd., Litec, 1992, n° 245, p. 511-515.

¹³⁹⁹ E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, *op.cit.*, n° 702, p. 428 : « La créance est transférée dans l'état où elle se trouvait au moment du transfert (...). Le débiteur cédé ne se trouve en effet engagé envers son nouveau créancier que dans la mesure où il l'était envers le cédant. La créance est transmise avec tous les vices qu'elle comporte ».

¹⁴⁰⁰ Ph. CHAUVIRE, *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens*, *op. cit.*, n° 710, p. 466 : « Or, dans le cas d'une clause aménageant le régime de la créance, une telle faculté n'est pas concevable du seul fait qu'elle conduirait à modifier, et éventuellement alourdir, l'engagement du débiteur. Les clauses qui délimitent la portée de l'engagement ou définissent les conditions de la mise en œuvre de la créance doivent en conséquence être considérées comme partie intégrante du droit lui-même ».

¹⁴⁰¹ En droit français : Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op.cit.*, n° 1421, p. 803-804 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 540, p. 430 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, n° 367, p. 363. En droit colombien : F.-A. CASTILLO MAYORGA, « La cesión de crédito », art. préc., p. 424.

¹⁴⁰² Par exemple : F.-X. LICARI, « Une sûreté négative : la renonciation du débiteur cédé à ses exceptions (droit français- droit comparé-droit uniforme) », *RLDC*, n° 5, mai 2004, n° 206, p. 57 et s, spéc. p. 60 : « Les exceptions inhérentes à la créance, c'est-à-dire celles qui se transmettent avec la créance, ainsi en est-il des modalités de paiement ».

¹⁴⁰³ V. *infra* n° 511.

droit de créance lui-même. En ce sens, il s'avère critiquable de qualifier ces clauses d'accessoires de la créance¹⁴⁰⁴, ou même de considérer qu'elles peuvent être invoquées par le débiteur contre le cessionnaire sur le fondement du principe de l'opposabilité des exceptions¹⁴⁰⁵.

La seconde raison, décisive, est que si l'on considère que les modalités de l'obligation et les clauses attributives de juridiction ou d'arbitrage relèvent du domaine des exceptions, il conviendrait de conclure, par exemple, à la perte de la possibilité pour le débiteur de les invoquer contre le cessionnaire dans au moins deux hypothèses : en cas d'acceptation de la cession en matière de cession Dailly¹⁴⁰⁶ ; en cas de renonciation à l'opposabilité des exceptions en droit commun¹⁴⁰⁷.

D'un point de vue processuel, il est vrai que l'exception permet, par exemple, au débiteur d'invoquer contre le cessionnaire aussi bien les modalités de l'obligation que les clauses générales de règlement de différends. Or, le terme « exception » est ici entendu au sens large, désignant tout moyen de défense par lequel l'une des parties cherche à paralyser la prétention de son adversaire¹⁴⁰⁸. Pourtant, une telle définition ne correspond pas exactement à celle qui est retenue pour expliquer le principe de l'opposabilité des exceptions en matière de cession de créance.

498. En définitive, si le débiteur peut se prévaloir, à l'encontre du cessionnaire, des modalités et des clauses mentionnées ci-dessus, c'est parce que ce sont des éléments constitutifs de la créance, soit qu'ils délimitent la portée de l'engagement du débiteur, soit qu'ils définissent les conditions de la mise en œuvre de la créance¹⁴⁰⁹. Autrement dit, c'est parce que les modalités de l'obligation ou les clauses attributives de juridiction ou d'arbitrage sont une partie intégrante du droit de créance lui-même qu'elles s'imposent au cessionnaire.

¹⁴⁰⁴ M.- E. MATHIEU-BOUYSSOU, « La transmission de la clause compromissoire au cessionnaire de la créance », *JCP G* 2003, n° 11, mars 2003, doctr. 116. Nous reviendrons sur cet aspect lors de l'étude de la notion d'accessoires de la créance : V. *infra* n°502, 580.

¹⁴⁰⁵ Dans l'avant-projet Catala par exemple, la clause d'arbitrage était traitée comme une exception inhérente à la créance (voir en ce sens l'alinéa 2 de l'article 1257 selon lequel à défaut de l'acceptation de la cession, « le débiteur peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions inhérentes à la dette, y compris l'intransmissibilité de l'obligation, ainsi que les clauses de règlement des différends ». Rappr. E. PUTMAN, « Christophe Juillet, les accessoires de la créance », *RTD civ.*, 2010, 197 : « Encore une fois, il ne s'agit pas de nier la transmission, simplement d'expliquer sans recourir à « l'accessorité », l'explication étant, selon M. Juillet, que l'on ne transmet que les droits qu'on a et rien de plus (*nemo plus juris*). Exemple : la force obligatoire de la clause compromissoire s'impose au cédant, elle s'impose donc au cessionnaire, idée déjà défendue par plusieurs auteurs (P. Mayer, L. Aynès...) qui l'assimilent à une modalité de la créance, plutôt qu'à un accessoire-on pourrait dire aussiqu'elle crée, au sens du droit civil, une exception inhérente à la dette, sans prendre parti sur la qualification procédurale de cette exception (exception de procédure ? Fin de non-recevoir ?) ».

¹⁴⁰⁶ Il convient de rappeler que selon l'article 6 de la loi Dailly, le débiteur qui accepte la cession Dailly s'engage directement envers le cessionnaire et perd donc la possibilité d'invoquer contre le cessionnaire les exceptions nées de ses rapports personnels avec le cédant. De la sorte, si l'on considère que les modalités de l'obligation ou les clauses attributives de juridiction sont des exceptions, la question se pose de savoir si elles seraient concernées par cette disposition.

¹⁴⁰⁷ Voir à propos de la possibilité pour le débiteur de renoncer aux exceptions : F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1291, p. 1339 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 541, p. 431. Nous reviendrons sur cet aspect lors de l'étude de la renonciation du débiteur à l'opposabilité des exceptions.

¹⁴⁰⁸ V. CORNU, *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, *op.cit.*, V° « Exception », sens 2, (b).

¹⁴⁰⁹ Cela indépendamment du fait que le débiteur les fasse valoir à travers les exceptions du point de vue du droit processuel.

La teneur de la règle du maintien du contenu de la créance étant précisée, il s'agit à présent de démontrer qu'elle se distingue de la règle relative à l'opposabilité des exceptions au cessionnaire par le débiteur.

b) L'opposabilité des exceptions

499. Afin de bien comprendre en quoi la règle dite d'« opposabilité » des exceptions diffère de celle relative au maintien du contenu de la créance, et surtout la raison pour laquelle elle s'avère également nécessaire afin de garantir une meilleure protection du débiteur, il convient d'analyser tout d'abord sa signification (i), avant de procéder à quelques remarques concernant sa mise en œuvre (ii).

i) *Signification*

500. Le principe d'opposabilité des exceptions est reconnu en droit français comme en droit colombien. Cette reconnaissance résulte du travail de la doctrine et la jurisprudence car ni le Code Napoléon ni le Code civil colombien ne contient de disposition le consacrant. Pourtant, certains auteurs soulignent que ce principe peut être déduit de l'ancien article 1295 du Code civil français et de l'article 1718 du Code civil colombien portant sur le rapport entre la compensation et la cession¹⁴¹⁰. Précisons cependant que l'ordonnance portant réforme du droit des obligations en droit français vient de consacrer, dans le cadre de la cession de créance de droit commun, une disposition générale relative à l'opposabilité des exceptions¹⁴¹¹. Ainsi, il importe d'orienter notre regard vers la doctrine afin de déterminer la portée de cette règle. Cette démarche permet de constater une importante divergence dans l'interprétation de celle-ci. Trois positions principales peuvent être identifiées.

501. Selon une première interprétation, que l'on pourrait qualifier de restrictive, la règle de l'opposabilité des exceptions consisterait dans la possibilité pour le débiteur d'opposer au cessionnaire tous les moyens de défense qu'il aurait pu opposer au cédant si la cession n'avait pas eu lieu. Ces moyens de défense auraient pour objet la remise en question, soit totalement, soit partiellement, du droit de créance lui-même. En d'autres termes, cette règle permettrait au débiteur de faire valoir, à l'encontre du cessionnaire, les mêmes arguments qu'il aurait pu faire valoir contre le cédant afin de

¹⁴¹⁰ En ce qui concerne la doctrine française : X. LICARI, « Une sûreté négative : la renonciation du débiteur d'une créance cédée à l'opposabilité des exceptions », art. préc., spéc. p. 58-59 : « *En droit français, le principe de l'opposabilité des exceptions ne trouve pas expressément sa source dans le Code civil, mais pourrait s'inférer de son article 1295, alinéa 1^{er}* ».

¹⁴¹¹ Voir l'article 1324 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

refuser l'exécution de la prestation due. À titre d'illustration, on peut évoquer une cause de nullité de la créance, la chose jugée ou encore la remise de dette¹⁴¹².

502. La deuxième interprétation, plus large, la règle de l'opposabilité des exceptions consiste à reconnaître la possibilité pour le débiteur d'opposer contre le cessionnaire non seulement les moyens de défense qu'il aurait pu opposer au cédant si la cession n'avait pas eu lieu¹⁴¹³, mais également les différentes modalités de l'obligation, telles que l'existence d'un terme ou condition, les conditions d'exécution de la prestation¹⁴¹⁴. Il en irait de même des clauses d'arbitrage, d'attribution de juridiction ou, en général, les clauses de règlement des différends¹⁴¹⁵.

503. La troisième interprétation est plus extensive. Selon les partisans de cette conception, la règle de l'opposabilité des exceptions permettrait au débiteur d'opposer au cessionnaire non seulement les moyens de défense précédemment mentionnés mais également, bien que de manière exceptionnelle, les moyens de défense ayant pour objet la remise en cause du droit du cessionnaire de demander l'exécution de la prestation en raison de certains vices relatifs à l'opération du transfert, telle

¹⁴¹² J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op.cit.*, n° 374, p. 370-371 : « Puisque c'est la créance même dont le cédant était titulaire qui est transmise au cessionnaire, elle lui parvient avec tous les vices qui l'affectaient. Le débiteur peut donc opposer au cessionnaire toutes les exceptions dont il pouvait se prévaloir contre le cédant. En termes plus concrets, dans tous les cas où le débiteur aurait eu le droit de ne pas payer le cédant, il pourra pareillement refuser de payer le cessionnaire » ; J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., n° 487, p. 477. D'une manière implicite : Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, *op.cit.*, n° 1418, p. 766 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Régime général*, *op.cit.*, n° 48, p. 22.

¹⁴¹³ À l'instar de la conception restrictive, ces moyens de défense auraient pour objet de remettre en question, soit totalement, soit partiellement, le droit de créance lui-même.

¹⁴¹⁴ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n° 303, p. 329. Ces auteurs font référence, au moment de traiter du principe de l'opposabilité des exceptions, au maintien des conditions du paiement initialement prévues entre le débiteur et son créancier originaire.

¹⁴¹⁵ En ce qui concerne le droit français, cette position semble défendue par M. Ansaloni dans sa thèse concernant la situation du débiteur dans les opérations juridiques à trois personnes dans la mesure où il qualifie d' « exceptions substantielles tous les moyens de défense relatifs à l'objet du droit, autrement dit, les moyens de défense relatifs au contenu de la créance » : G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations sur des créances*, thèse préc., n° 281, p. 243 : « Le problème posé est en effet celui de l'objet dans la mesure où l'opposabilité des exceptions substantielles n'est au fond que l'opposabilité du fait générateur. Le fait générateur détermine la consistance de la créance en tant qu'objet et notamment son existence, son montant, ses modalités. Lorsque le débiteur oppose à l'ayant cause l'existence d'une clause compromissive dans le contrat générateur de la créance, ou bien lorsqu'il rappelle quelles sont les modalités de la créance transmise (terme, condition) il ne prétend en aucun cas faire valoir un droit concurrent sur celle-ci mais simplement en préciser le contenu » ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1291, p. 1338. Cette position semblait également être défendue dans l'avant-projet Catala dans la mesure où l'article 1357 reconnaissait la possibilité pour le débiteur de se prévaloir à l'encontre du cessionnaire des clauses de règlement de différends à titre du principe de l'opposabilité des exceptions.

la nullité de la cession¹⁴¹⁶, ou encore l'existence d'une clause restrictive de libre cessibilité des créances¹⁴¹⁷.

504. On constate donc que l'ambiguïté règne concernant la portée de la règle de l'opposabilité des exceptions¹⁴¹⁸. Ce phénomène pourrait s'expliquer par la polysémie du vocable « exception ». En effet, il s'agit d'un terme très usité dans le domaine du droit processuel¹⁴¹⁹, où sa signification est différente en droit français¹⁴²⁰ et en droit colombien¹⁴²¹.

¹⁴¹⁶ Voir en ce sens en droit colombien : F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I, *concepto, estructura, vicisitudes*, I, *op.cit.*, n° 344, p. 442. Soulignons néanmoins que cette vision du professeur Hinestrosa s'entend car il analyse la cession de créance en un acte de disposition abstrait au sens du droit allemand. Ainsi, si le débiteur de la créance cédée ne peut opposer au cessionnaire les vices relatifs au contrat ou acte obligationnel entre le cédant et le cessionnaire, il pourrait, en revanche, invoquer les vices de la cession en tant qu'acte réel ou de disposition. Voir à propos de cette conception particulière en droit allemand : E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, *op.cit.*, n° 708, p. 432 : « Le droit allemand distingue entre les sources des exceptions. Le débiteur peut exciper d'exceptions découlant du contrat de cession (acte de disposition, *verfügungsgeschäft*), et notamment de la nullité de la cession, car une telle nullité interdit au cessionnaire d'exiger le paiement du débiteur. En revanche, il ne peut pas opposer des exceptions découlant du rapport fondamental (*Verpflichtungsgeschäft*), telle une convention fiduciaire qui ne concerne que les relations du cédant avec le cessionnaire et non le contrat de cession, sauf si les parties avaient convenu de l'indivisibilité des deux actes ».

¹⁴¹⁷ Voir en ce sens : M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, *op. cit.*, n° 186, p. 120 ;

¹⁴¹⁸ À propos de la difficulté de donner une définition précise concernant les exceptions pouvant être opposées par le débiteur de la créance cédée : C. BUFNOIR, J. CHALLAMEL, *e.a.*, *Code civil allemand traduit et annoté*, t. I, Paris, 1904, commentaires à l'article. 404, p. 573 s : « La seconde Commission a considéré, vu l'importance du principe, qu'elle ne devait pas reculer devant la difficulté qu'il pût y avoir à trouver une définition ; et en tout cas la conception qui lui parût devoir s'adapter à tous les cas fût celle-ci, qu'il fallait que l'exception, si elle n'existait pas déjà lors de la cession, eût son fondement dans l'obligation telle que cette dernière se présentait, au point de vue de son contenu, au moment où la créance a été acquise au cessionnaire, et indépendamment des modifications qui pourraient lui avoir été apportées après coup ».

¹⁴¹⁹ S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et européen*, 9^e éd., Dalloz, 2017-2018, n° 192.11, p. 729 : « Le terme d'exception, est fréquemment rencontré en droit civil, par exemple dans le droit des personnes avec l'exception de minorité ou dans le droit des contrats avec l'exception non adimpleti contractus, possède un sens très précis en procédure civile et, notamment, dans le Code de procédure civile qui, d'ailleurs, utilise l'expression complète « exception de procédure » (C. pr. civ., art. 73).

¹⁴²⁰ Conformément à l'article 73 du Nouveau Code de procédure civile, le mot « exception » évoque les moyens de défense pouvant être opposés afin de déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, ou afin de suspendre le cours de celle-ci. L'exception est donc appréhendée comme un obstacle à l'action, le plus souvent temporaire, qui est dirigé uniquement contre la régularité de la procédure afin de paralyser l'instance en cours. Sans discuter le fond du droit, le défendeur se borne à dire que le débat est engagé d'une manière incorrecte. C'est pourquoi les auteurs se réfèrent aux « exceptions » comme des moyens de défense procédurales. Ainsi compris, l'« exception » se distingue des « défenses au fond » et des « fins de non-recevoir ». Les premières sont des moyens de remettre en question le bien fondé des prétentions de l'adversaire après l'examen au fond alors que les secondes auraient pour finalité d'aboutir à la terminaison définitive du procès même sans examen au fond. Cela explique que les auteurs accordent aux « fins de non-recevoir » une nature mixte en ce sens que même si elles sont soumises au régime des défenses procédurales, leurs effets sont ceux des « défenses au fond » : S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile, ibidem*, n° 191.11.

¹⁴²¹ A la différence du droit français, en droit processuel colombien le terme « exception » est un terme générique qui englobe tout à la fois les moyens tendant à remettre en question le bien fondé des prétentions de l'adversaire après l'examen quant au fond, les « fins de non-recevoir », ainsi que les défenses procédurales. En droit processuel colombien le terme « exception » a donc une signification plus large que celle du droit processuel français. Il convient toutefois de préciser que la catégorie des « fins de non recevoir » a été supprimée en tant que telle par le législateur dans le nouveau Code général du procès. Cela paraît donc conforter la position d'une partie importante de la doctrine colombienne et de la doctrine française selon laquelle les « fins de non-recevoir » seraient en réalité de défenses au fond même si leur régime serait plus proche des exceptions de procédure : L.- G. ACERO, « Algunos comentarios sobre providencias, notificaciones y recursos en el código general del proceso », *Código General del Proceso Ley 1564 de 2012*, <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/05luis-guillermo-acero.pdf> (consulté le 22 juin 2016), p. 134 : « Avant la modification introduite par l'article 6 de la loi 1395 de 2010, ledit alinéa, le dernier de l'article 97 du Code de la procédure civile, seulement consacrait comme étant des exceptions mixtes la chose jugée, la transaction et la caducité. En outre, le jugement par lequel elles étaient décidées, favorablement ou défavorablement, était un jugement avant dire droit et non un jugement définitif. La loi précitée 1395 de 2010 a ajouté deux exceptions : la prescription extinctive ou libératoire et le défaut d'intérêt légitime (tant du point de vue actif que passif) et a précisé par ailleurs que le jugement décidant favorablement lesdites exceptions serait un jugement définitif anticipé, mais non celui qui les décide de façon défavorable. La raison de ce changement obéit au fait que ces exceptions dites mixtes, sont en réalité de véritables défenses au fond même si elles doivent être soulevées et si leur régime procédural était celui des exceptions péremptoires ou celui des exceptions au sens strict du terme ».

505. En outre, le mot « exception » occupe une place de plus en plus importante dans le champ du droit substantiel ; sa signification n'est cependant pas tout à fait claire. Le droit français comme le droit colombien en témoignent. Commençons par souligner que le terme « exception » est d'usage courant en matière de cautionnement et d'obligations solidaires. La discussion dans ces domaines ne s'articule pas autour de la signification même du vocable, mais plutôt autour de la classification des différents types d'exceptions¹⁴²². Dans le cas du cautionnement, la question principale est celle de savoir si la caution peut invoquer contre le créancier les moyens de défense que le débiteur principal pourrait opposer à l'encontre de celui-ci. Dans le domaine des obligations solidaires, il s'agit de déterminer si chacun des codébiteurs solidaires peut se prévaloir des mêmes moyens de défense à l'encontre du créancier. Il s'agit également d'établir s'il existe des moyens de défense pouvant être invoqués par les codébiteurs solidaires entre eux. C'est précisément pour répondre à ces interrogations qu'on recourt aux distinctions entre les « exceptions personnelles » et les « exceptions réelles » d'une part, et entre les « exceptions personnelles » et les « exceptions purement personnelles » d'autre part¹⁴²³. En définitive, il est difficile d'accorder un sens unique au mot « exception » ; son acception variant selon qu'il est employé en droit processuel ou en droit substantiel.

506. Au regard des difficultés soulevées, et pour bien comprendre la règle de l'opposabilité des exceptions, il convient de faire un effort de clarification quant au sens à donner au terme « exception »¹⁴²⁴. Contrairement à ce qu'on pourrait penser, cette démarche est primordiale, car de la signification donnée dépendra le sort du débiteur. Par exemple, il faut rappeler que le débiteur qui accepte la cession Dailly perd la possibilité d'opposer au cessionnaire les exceptions nées de ses rapports personnels avec le cédant. De même, compte tenu du fait que la règle de l'opposabilité des exceptions n'est pas d'ordre public, le débiteur peut y renoncer¹⁴²⁵. Ainsi de la signification donnée au mot « exception » dépend la portée du renoncement du débiteur dans l'hypothèse précédente.

¹⁴²² H. SOULS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. I, *Introduction, notions fondamentales, organisation judiciaire*, Sirey, 1961, n° 303, p. 281 : « Très souvent, pour exprimer la résistance que le défendeur oppose à la demande on dit, en effet, qu'il invoque une « exception » ou qu'il produit ses « défenses » sans attacher à ces expressions un sens technique précis. La loi d'ailleurs favorise ce vocabulaire défectueux ; et la jurisprudence, elle aussi, emploie fréquemment les mots « exception » et « défense » dans un sens si vague qu'ils désignent, en réalité, le fait d'opposer un moyen de défense quel qu'il soit ».

¹⁴²³ Voir d'une manière générale à propos de ces distinctions : J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 293 et s., p. 278 et s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 1362, p. 756. Nous aurons l'occasion de revenir sur cet aspect au moment d'aborder l'incidence de ces classifications sur la mise en œuvre du principe de l'opposabilité des exceptions : V. *infra* n° 513.

¹⁴²⁴ Contrairement à ce qu'on pourrait croire, il paraît nécessaire de se mettre d'accord sur la signification qu'il faudrait donner au terme « exception ». La preuve en est que les auteurs, au moment de traiter un tel sujet, commencent par préciser sa signification. Voir en ce sens : E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes, op. cit.*, n° 705, p. 430 et s.

¹⁴²⁵ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1291, p. 1339 : « Le concept même d'opposabilité des exceptions implique que le débiteur puisse ne pas les opposer. Rien ne lui interdit de renoncer par avance, au moment de la naissance de sa

507. Pour ce faire, il est utile de rappeler deux des définitions de ce vocable dans le langage juridique. Selon un premier sens, l'« exception » est l'action d'exciper¹⁴²⁶, c'est-à-dire d'opposer « *tout moyen de défense qui tend, avant tout examen au fond ou contestation du droit d'action, soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte (exception d'incompétence, exception de nullité), soit à en suspendre le cours* ». Selon un second sens, générique, l'exception désigne d'une manière assez large un moyen de défense (exception de procédure, fin de non-recevoir ou défense au fond)¹⁴²⁷. On peut donc constater que ces définitions s'identifient à celles énoncées précédemment et sont propres au domaine processuel.

508. Celles-ci se révèlent utiles puisqu'elles mettent en relief que le terme « exception » peut être compris d'une manière large comme étant tout moyen de défense pouvant être invoqué par le débiteur à l'encontre de son créancier, indépendamment de sa nature processuelle ou substantielle. C'est cette conception large qu'il convient de retenir dans le cadre de notre recherche. En effet, indépendamment de leur caractère substantiel ou processuel, l'idée est de permettre au débiteur d'invoquer, à l'encontre du cessionnaire, dans la mesure du possible¹⁴²⁸, tous les moyens de défense qu'il aurait pu opposer au cédant si la modification du lien d'obligation n'avait pas eu lieu. Il reste pourtant à déterminer ce qu'il faut comprendre par « des moyens de défense ». Le doute existe car certains auteurs justifient, à partir de la règle de l'opposabilité des exceptions, la possibilité pour le débiteur de faire valoir à l'encontre du cessionnaire les différentes modalités de l'obligation ou encore une clause d'arbitrage¹⁴²⁹.

509. Afin d'éclaircir cet aspect, la position de MM. Mestre, Putman et Billiau s'avère très intéressante. Afin de déterminer ce qui relève du domaine des exceptions et ce qui n'en relève pas, ces auteurs distinguent entre les éléments qui se rattachent à la détermination de l'objet de l'obligation et ceux qui ne s'y rattachent. Ainsi dans la mesure où les modalités de l'obligation ont effectivement pour fonction de préciser les contours de celle-ci, il ne serait pas correct de les considérer comme des moyens de défense au regard du principe de l'opposabilité des exceptions¹⁴³⁰.

dette ou à l'occasion de la cession de la créance, à cette opposabilité, protectrice de ses seuls intérêts » ; C. OPHELE, V° « Cession de créance », *Rép. civ.*, 2008 (maj. avril 2016), spéc. n° 283 ; Th. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. II, *op. cit.*, n° 474, p. 173.

¹⁴²⁶ H. ROLAND, *Dictionnaire des expressions juridiques*, LexisNexis, 2015, V° « Exciper » : « *Faire valoir en défense un moyen qui s'en prend soit au droit substantiel, soit à la procédure, soit au pouvoir d'agir en justice* ».

¹⁴²⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, *op. cit.*, V° « Exception » (2°).

¹⁴²⁸ Nous verrons qu'il ne s'agit pas d'une règle absolue : v. *infra* n° 566 s.

¹⁴²⁹ V. *supra* n° 496 et s.

¹⁴³⁰ J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 45, p. 42 : « *Ce jugement (Tribunal administratif de Strasbourg 3^e ch. 28 septembre 1993, RJDA, 1994, n° 318, p. 261) invite naturellement à s'interroger sur la notion « d'exception ». A titre de simple directive, on peut dire que tout ce qui se rattache à la détermination de l'objet de l'obligation n'est pas une exception. C'est ainsi que les modalités affectant une obligation ne sont pas des exceptions, mais l'obligation elle-même* ».

510. La poursuite de la recherche d'une définition de l'« exception » dans le but d'éclairer la règle de l'opposabilité des exceptions nous incite à étudier la position défendue par un nombre important d'auteurs. Cette dernière est riche d'enseignements. En effet, d'aucuns remarquent que le débiteur peut songer à opposer au cessionnaire des exceptions afin d'« éviter d'avoir à le payer »¹⁴³¹. D'autres précisent que le cédé « *peut se prévaloir, après comme avant, de tous les moyens susceptibles de diminuer ou de faire disparaître son obligation (moyens tirés de la nullité, de la résolution, de la rescision, des diverses causes d'extinction)* »¹⁴³². Un autre auteur a défini l'« exception », dans le cadre spécifique des opérations juridiques à trois personnes, comme étant « *un moyen de défense invoqué pour éviter l'effet d'une prérogative juridique* »¹⁴³³. Ces précisions confortent l'idée que les « exceptions » doivent être comprises comme des moyens de défense ayant pour finalité de permettre au débiteur de refuser de se libérer à l'égard du créancier.

511. En définitive, la règle de l'opposabilité des exceptions consiste dans la possibilité pour le débiteur d'invoquer à l'encontre du cessionnaire tous les actes et faits juridiques qu'il aurait pu opposer au cédant si la cession n'avait pas eu lieu, et qui ont pour finalité de remettre en question, soit totalement, soit partiellement, le droit de créance¹⁴³⁴. Partant, si l'idée est de faire valoir le caractère conditionnel de la créance ou l'existence d'une clause d'arbitrage par exemple, ce n'est pas en se fondant sur le principe de l'opposabilité des exceptions qu'il faut le faire. Il s'agit, dans ces cas, d'éléments constitutifs du droit de créance lui-même que le débiteur pourra invoquer contre le cessionnaire mais qui ne seront pas soumis au régime de la règle de l'opposabilité des exceptions. Ainsi, par exemple, le débiteur qui accepte une cession Dailly ne perd pas la possibilité de se prévaloir, le cas échéant, d'une clause d'arbitrage stipulée avec son créancier originaire, ou encore, d'invoquer contre le cessionnaire le caractère conditionnel ou à terme de la créance¹⁴³⁵.

Plus précisément, ces auteurs signalent : « *Un exemple tiré de l'application de la loi Dailly permettra de bien mesurer les limites inhérentes à la cession. On sait que la créance cédée peut être simplement éventuelle. On sait également que l'acceptation par le débiteur cédé lui interdit d'opposer au cessionnaire les exceptions qu'il pouvait opposer au cédant. Pourtant, le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire l'inexistence de la créance en dépit de son acceptation* ».

¹⁴³¹ J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 487, p. 477 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, n° 374, p. 370 : « *Le débiteur peut donc opposer au cessionnaire toutes les exceptions dont il pouvait se prévaloir contre le cédant. En termes plus concrets, dans tous les cas où le débiteur aurait eu le droit de ne pas payer le cédant, il pourra pareillement refuser de payer le cessionnaire* ».

¹⁴³² PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Les obligations*, 2^e éd., par Esmein, *op. cit.*, n° 1126, p. 513.

¹⁴³³ Ch. LACHIEZE, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, *op. cit.*, n° 2, p. 2.

¹⁴³⁴ En effet, il s'agit de reconnaître que le débiteur peut opposer au cessionnaire toutes autres causes d'extinction de la créance à l'égard du cédant telles que la novation, la dation en paiement ou la compensation. Certains auteurs reconnaissent effectivement que toutes les causes d'extinction ou de diminution de la créance seraient des exceptions : C. OPHELE, v. « Cession de créance », *Rép. civ.*, 2008, (maj. avril 2016), spéc. n° 283.

¹⁴³⁵ E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, *op. cit.*, n° 705, p. 430 : « *Mais l'application de la fin de non-recevoir de l'article 6 ne vaut que pour les exceptions : le débiteur cédé peut ainsi opposer au cessionnaire l'inexistence de la créance en dépit de son acceptation. Tout ce qui se rattache à la détermination de l'objet de l'obligation n'est pas une exception. C'est ainsi que*

512. Si les précisions précédentes relatives à la signification de la règle de l'opposabilité des exceptions sont fondamentales, elles ne sont pas suffisantes pour bien comprendre les enjeux de cette règle. Il convient également de faire quelques remarques sur sa mise en œuvre.

ii) Mise en œuvre

513. Si le principe est celui de la possibilité, pour le débiteur, d'opposer au cessionnaire les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant si la cession n'avait pas eu lieu, il ne s'agit pour autant pas d'un principe absolu. En réalité, pour que certaines exceptions soient opposables au cessionnaire, il est nécessaire qu'elles existent avant l'établissement du lien officiel entre le débiteur et le cessionnaire. En revanche, d'autres exceptions restent toujours opposables au cessionnaire indépendamment du moment où elles naissent. De surcroît, et même s'il ne s'agit pas de l'hypothèse la plus fréquente, il existe d'autres exceptions que le débiteur ne peut pas faire valoir contre le cessionnaire dans la mesure où elles ne sont opposables qu'au créancier originaire. C'est précisément afin d'expliquer cette différence de traitement que la doctrine et la jurisprudence, en droit français comme en droit colombien, s'intéressent de plus en plus à la question de la classification des exceptions. Différentes analyses sont avancées, surtout au sein de la doctrine française, pourtant, aucune n'emporte notre conviction. Partant, seront d'abord présentées les analyses rejetées (α), avant d'exposer l'analyse proposée (β).

α Analyses rejetées

514. Selon une première classification, propre au droit colombien bien que l'on y trouve parfois quelques références en droit français¹⁴³⁶, il existerait deux catégories d'exceptions : les exceptions réelles d'un côté et les exceptions personnelles de l'autre. Cette distinction semble être inspirée des catégories utilisées par le législateur en matière de cautionnement¹⁴³⁷ et d'obligations

les modalités affectant une obligation ne sont pas des exceptions, mais l'obligation elle-même ». Également, l'acceptation de la cession par le débiteur dans le cadre de la cession Dailly ne lui empêcherait pas d'opposer, par exemple, la nullité de la cession pour violation de l'article 1597 du Code civil.

¹⁴³⁶ Voir à propos d'une telle distinction, sans pourtant établir des conséquences pratiques importantes : A. RONSIN, V° « Cession de créance », *J.-Cl. Notarial formulaire*, fasc.10, mars 2002 (maj mars 2017), n° 120 : « *Le cessionnaire ne peut avoir plus de droits que le cédant, et d'autre part le débiteur cédé n'est tenu envers le cessionnaire que dans les limites de son obligation envers son créancier le cédant. Le débiteur cédé pourra donc opposer au cessionnaire toutes les exceptions, personnelles ou réelles, qu'il aurait été amené à faire contre le cédant, et se prévaloir aussi à l'égard du cessionnaire de tous moyens et actions quelconques : action en nullité, en rescision, causes diverses d'extinction (Cass. civ., 23 déc. 1902 : S. 1907, 1, 443)* ».

¹⁴³⁷ L'article 2380 du Code civil colombien fait référence, dans le domaine du cautionnement, à la distinction entre les exceptions personnelles, purement personnelles et réelles.

solidaires¹⁴³⁸. Sans entrer dans le détail de cette classification, il convient de signaler qu'elle cherche à distinguer entre les moyens de défense concernant directement l'obligation et ceux relatifs soit au débiteur, soit à la caution, soit aux codébiteurs solidaires selon le cas.

Les auteurs qui recourent à la différenciation entre exceptions réelles et personnelles afin d'expliquer la règle de l'opposabilité des exceptions affirment que les exceptions réelles désigneraient celles relatives à la créance objet de la cession, alors que les exceptions personnelles correspondraient à celles ayant trait au rapport entre le créancier cédant et le débiteur de la créance cédée. Cependant, la plupart des auteurs qui adoptent cette distinction n'y attachent pas de conséquences pratiques importantes. Ils affirment simplement que le débiteur pourrait, en raison précisément de l'effet translatif de la cession, opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant indépendamment de leur nature personnelle ou réelle. Le fondement de cette opposabilité serait le caractère translatif de la cession. Plus précisément, les « exceptions » constitueraient des « vices » de la créance¹⁴³⁹. La jurisprudence colombienne, peu abondante à ce sujet, va dans ce sens¹⁴⁴⁰.

Le professeur Hinestrosa a néanmoins tiré d'importantes conséquences pratiques de la distinction entre les exceptions réelles et les exceptions personnelles. Les exceptions réelles, vices inhérents à l'acte ou au fait juridique ayant donné naissance à la créance ou encore à l'acte de cession, se transmettent avec la créance car elles ne dépendent pas de la personnalité des parties. Il en serait ainsi de la nullité de l'acte source de la créance, de la nullité de la cession en tant qu'acte exclusivement de disposition¹⁴⁴¹, ou encore de la prescription ou du paiement. En revanche, les exceptions personnelles, actes ou faits innés ou survenus qui qualifient personnellement la relation entre le débiteur et le créancier originaire, disparaissent avec le transfert de la créance. Cela s'explique par le

¹⁴³⁸ L'alinéa 1^{er} de l'article 1577 du Code civil colombien prévoit une disposition générale concernant les exceptions dans le cadre de l'obligation solidaire, aux termes de laquelle : « *Le débiteur poursuivi peut opposer au demandeur toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation et, en outre, toutes celles qui lui soient personnelles* ».

¹⁴³⁹ A. TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones, El acto o negocio jurídico y otras fuentes de obligaciones*, op. cit., n° 294, p. 499; C. GOMEZ ESTRADA, *De los principales contratos civiles*, op. cit., n° 135, p. 168: « *Le débiteur continuera à être tenu envers le cessionnaire de la même façon qu'il l'était envers le cédant; et, plus spécialement, le débiteur ne verra pas modifiés les moyens de défense dont il disposait contre le cédant sauf ce qu'il sera précisé par la suite et, en conséquence, il pourra opposer au cessionnaire tous les moyens de défense qu'il aurait pu opposer au cédant* » ; A. ACEVEDO REHBEIN, *La cesión de créditos y las cláusulas de mejores esfuerzos en el derecho comparado*, op. cit., p. 63.

¹⁴⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 23 octobre 1915, GJ XXV, p. 175-179, M. R. : German D. Pardo : « *Si les vices réels qui affectent la créance se transmettent au cessionnaire, si le débiteur peut opposer à celui-ci toutes les exceptions qu'il pouvait avoir contre le cédant, cela obéit au fait que la créance se transmet avec tous les droits et toutes les garanties inhérents* ». Voir dans le même sens mais cette fois-ci par rapport au contrat : Sentence arbitrale Inversiones petroleras S.A, 21 septembre 1994 : « *Le débiteur peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il avait contre le cédant, issues du même contrat, telle que la nullité de celui-ci. Mais il ne peut pas alléguer la nullité du contrat de cession entre le créancier et le cessionnaire* » ; Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 25 novembre 1938, GJ XLVII, M.R. : Juan F. Mujica : « *S'agissant de la cession de créance le débiteur peut, dans les conditions établies par l'article 1715 du Code civil, non seulement opposer au cessionnaire les exceptions découlant de sa relation juridique avec le cédant mais aussi compenser ses dettes avec la créance qu'il avait contre ce dernier* ».

¹⁴⁴¹ Rappelons que le professeur Hinestrosa appréhendait la cession de créance comme un acte exclusivement de disposition, autrement dit, comme un acte de tradition au sens des actes réels du droit allemand.

fait qu'il s'agit de moyens de défense qui ne peuvent être invoqués qu'entre ceux-ci. A titre d'exemple, l'auteur mentionne les exceptions de compensation, de confusion et d'inexécution¹⁴⁴².

515. D'après une deuxième classification, propre au droit français, les exceptions opposables au cessionnaire par le débiteur se divisent en exceptions inhérentes et exceptions extérieures à la dette¹⁴⁴³. Les exceptions inhérentes seraient issues des « *vices affectant la force obligatoire du contrat générateur de la créance cédée* » et celles « *découlant des caractères propres de la créance transmise* »¹⁴⁴⁴. La nullité, l'inexécution ou la résolution de l'acte ou du fait générateur de la créance constitueraient quelques exemples d'exceptions inhérentes à la dette. Il en serait de même de l'exception de compensation pour dettes connexes¹⁴⁴⁵. Pour leur part, les exceptions extérieures tiendraient à la libération du cédé envers le cédant par paiement, compensation de dettes non connexes, remise de dette ou novation¹⁴⁴⁶. D'autres auteurs adoptent la distinction entre ces deux catégories en précisant que la catégorie d'exceptions inhérentes regrouperait « *tous les moyens de défense qui procèdent de l'acte générateur de la créance lui-même, et non d'un acte ou d'une situation postérieure* »¹⁴⁴⁷.

516. Cette distinction entre les exceptions inhérentes et les exceptions extérieures connaît un grand succès. Elle est défendue par la doctrine majoritaire : certains auteurs la reconnaissent

¹⁴⁴² F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I, *concepto, estructura, vicisitudes*, *op.cit.*, n° 344 et 346, p. 442-444.

¹⁴⁴³ Les exceptions inhérentes seraient opposables au cessionnaire quelle que soit la date à laquelle elles apparaissent et les exceptions extérieures qui ne seraient opposables que si elles sont nées avant la date à laquelle la cession produit son effet translatif à l'égard du cédé. Voir en ce sens : L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, *op.cit.*, n° 32 et s. ; J. LAURENT, note sous Cass. com. 12 janv. 2010, *LPA*, 25 nov. 2010, n° 235, p. 7 ; F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 465 et s., p. 399 et s. Voir en ce sens bien qu'implicitement : E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles des créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, *op. cit.*, n° 704, p. 429 : « *Le débiteur cédé, qui peut opposer au cessionnaire une exception inhérente à la dette, en raison du manquement contractuel du cédant, est a fortiori fondé à lui opposer la résolution du contrat qui ne fait que tirer la conséquence de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de celui-ci par le fait du cédant* ». C'est la distinction défendue également par M. François, même si, compte tenu de sa position particulière concernant le véritable rôle à l'égard du débiteur de la créance cédée, des formalités de l'ancien article 1690 du Code civil, les exceptions dites extérieures, pour être opposables au cessionnaire, devraient avoir lieu avant la réalisation de la cession et non avant l'accomplissement des formalités tel qu'il est défendu par d'autres auteurs (J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 489 et s.).

¹⁴⁴⁴ J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 488, p. 477-478.

¹⁴⁴⁵ Nous aurons l'occasion d'approfondir sur cette exception. Pour le moment, il suffira de signaler que la compensation pour dettes connexes est un mécanisme de création jurisprudentielle tendant à garantir la protection du débiteur. En faveur du traitement de la compensation de dettes connexes comme étant une exception inhérente à la dette : Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 829, p. 664 ; J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, *op. cit.*, n° 384, p. 406.

¹⁴⁴⁶ J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 490, p. 479.

¹⁴⁴⁷ M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, *op. cit.*, n° 112, p. 78.

expressément¹⁴⁴⁸ ; d'autres l'admettent implicitement¹⁴⁴⁹. D'aucuns proposent des dénominations différentes, telles qu'exceptions endogènes plutôt qu'exceptions inhérentes et exceptions exogènes¹⁴⁵⁰, ou exceptions liées aux rapports personnels entre le créancier et le débiteur à la place d'exceptions extérieures¹⁴⁵¹ ; sans remettre en question une telle distinction d'un point de vue substantiel. Cependant, les auteurs divergent quant à la classification de certaines exceptions dans chacune des catégories proposées¹⁴⁵².

Par ailleurs, l'opposition entre les exceptions inhérentes et les exceptions extérieures est approuvée par les auteurs pour certains types spéciaux de cession à l'instar des créances professionnelles¹⁴⁵³. Il s'agit de la distinction actuellement retenue par la jurisprudence française¹⁴⁵⁴.

De plus, l'ordonnance portant réforme du droit des obligations français vient d'introduire la catégorie des exceptions inhérentes à la créance parmi les dispositions concernant le régime

¹⁴⁴⁸ J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 3^e éd., *op. cit.*, n° 383 et s., p. 405 et s (Il s'agissait de la distinction qu'il admettait même avant la consécration formelle par l'ordonnance du 10 fév. 2016. Pour le traitement du sujet dans la nouvelle édition de son ouvrage voir : n°s 487 et s., p. 477 et s.) ; B. FAGES, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 541, p. 431. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. I, *Contrat et engagement unilatéral, op. cit.*, n° 559, p. 618.

¹⁴⁴⁹ E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuels de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes, op. cit.*, n° 704 et s., p. 428 et s ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes, op. cit.*, n° 303, p. 328.

¹⁴⁵⁰ Ch. LACHIEZE, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil, op.cit.*, n° 490, p. 482 qui distingue entre les exceptions qui prennent naissance à l'intérieur de la créance, c'est-à-dire dans l'acte ou le fait juridique générateur de celle-ci, et les exceptions qui prennent naissance à l'extérieur de la créance, dans les relations entre le débiteur et le créancier. Les exceptions endogènes auraient pour fondement un élément de la créance ou un défaut de celle-ci, par exemple dans le contrat ayant donné naissance à la créance lors de la formation du contrat ou postérieurement, dans ce dernier cas il s'agirait d'une exception principalement pour mauvaise exécution d'une obligation contractuelle. Les exceptions exogènes apparaîtraient à l'extérieur de la créance et seraient fondées sur l'exécution ou la modification de la créance, modification comprise au sens large afin d'inclure les cas d'extinction de la créance. Ces exceptions naîtraient dans les rapports entre le débiteur et le créancier et engendraient une extinction totale ou partielle de la créance. Ceux qui défendent une telle distinction partagent également le critère de la force obligatoire du contrat ou du fait générateur de la créance comme étant le véritable fondement de l'opposabilité des exceptions. C'est précisément en raison de la prise en compte d'un tel critère que le débiteur d'une créance cédée pourrait opposer au cessionnaire une exception d'inexécution ou la résolution pour inexécution même s'il s'agit d'exceptions née après la réalisation de la cession de créance. Dans le même sens : J.-L. RIVES-LANGES, *RTD com.*1968, p. 1102, J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, 6^e éd., Dalloz, 1995, n° 588, p. 536-537 ; R. BONHOMME et F. REILLE, V° « Affacturage », *Rép. com.* mai 2006 (maj. mai 2009), spéc. n°s 66 et 67.

¹⁴⁵¹ B. FAGES, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 541, p. 431.

¹⁴⁵² Par exemple, pour certains auteurs, l'exception de prescription serait une exception inhérente à la dette (v. J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 488, p. 478 ; B. FAGES, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 541, p. 431) alors que pour d'autres auteurs il semblerait que ce n'est pas le cas (Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op.cit.*, n° 1422, p. 840).

¹⁴⁵³ Th. BONNEAU, *Droit bancaire, op. cit.*, n° 748, p. 549 : Cet auteur précise que la possibilité pour le débiteur d'opposer les exceptions en matière de cession Dailly résulte d'une interprétation *a contrario* de l'article L. 313-29 qui énonce la règle de l'inopposabilité des exceptions découlant de l'acceptation. A propos de la classification des exceptions, l'auteur signale que « *comme en matière d'affacturage, on doit distinguer les exceptions inhérentes à la dette et celles qui ne le sont pas. Les premières sont toujours opposables au cessionnaire, qu'elles soient ou non antérieures à la cession. Il en est ainsi de l'exception d'inexécution. En revanche, les secondes ne sont opposables au cessionnaire que si elles ont une origine antérieure à la cession* » (*Ibid.*). Pour une reconnaissance expresse : R. BONHOMME, *Instruments de crédit et de paiement, op. cit.*, n° 265, p. 207

¹⁴⁵⁴ Cass. com., 12 janv. 2010, n° 08-22000, *Bull. civ.*, IV, n° 2 ; D. 2010, 266, obs. X. Delpech. Voir également en matière de cession Dailly : Cass. com., 30 mai 1995, n° 93-13170, *Bull. civ.* IV, n° 157 ; Cass. com., 9 fév. 1993, n° 91-13601, *Bull. civ.* IV, n° 51 ; *RTD com.* 1993, p. 347, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

commun de la cession de créance¹⁴⁵⁵. Cette démarche témoigne de l'importance d'une telle classification au sein du droit français.

Enfin, la distinction entre exceptions inhérentes et exceptions extérieures à la dette dépasse le champ de la cession de créance pour atteindre d'autres opérations sur les créances. Par exemple, M. Julienne l'adopte en matière de nantissement, tout en précisant que la catégorie des exceptions inhérentes à la dette regroupe les moyens de défense qui procèdent de l'acte générateur de la créance lui-même et non d'un acte ou d'une situation postérieure¹⁴⁵⁶.

517. Ces précisions étant faites, il convient de signaler que le principal intérêt de cette distinction réside dans la différence de régime attachée à chacune de ces deux catégories. Les exceptions inhérentes à la dette sont opposables au cessionnaire en tout état de cause alors que les exceptions extérieures ne le sont que si elles apparaissent avant l'efficacité de la cession à l'égard du débiteur ; autrement dit, avant la signification de la cession au débiteur ou avant son acceptation, conformément aux règles existant avant l'entrée en vigueur de la réforme du droit des obligations. En effet, si l'on tient compte de l'ordonnance du 10 février 2016, les exceptions dites extérieures ou nées des rapports personnels entre le débiteur et le cédant ne sont opposables au cessionnaire que si elles apparaissent avant la notification au débiteur ou avant que celui-ci prenne acte de la cession¹⁴⁵⁷.

518. Enfin, quelques remarques peuvent être faites sur les fondements invoqués pour justifier l'opposabilité de ces différents types d'exceptions. La plupart des auteurs affirment que les exceptions dites inhérentes s'imposent au cessionnaire en raison de la force obligatoire du contrat ou de l'acte source de la créance. Toutefois, certains auteurs laissent entendre que le fondement d'une telle opposabilité résiderait simplement dans l'importance pratique de telles exceptions¹⁴⁵⁸. Quant aux exceptions extérieures, deux fondements sont souvent invoqués. Le premier est le caractère translatif de la cession¹⁴⁵⁹. Cependant, un tel fondement s'avère insuffisant lorsqu'il s'agit de justifier la possibilité pour le débiteur d'opposer au cessionnaire les actes passés par lui et le cédant entre la date de

¹⁴⁵⁵ En effet, l'article 1324 de l'ordonnance du 10 février 2016 consacre expressément l'expression « exception inhérente » à la dette. Il convient pourtant de préciser que le législateur n'adopte pas la dénomination d'« exceptions extérieures » pour l'opposer à celle d'« exceptions inhérentes ». Il se réfère aux « exceptions nées du rapport personnel entre le débiteur et le cédant ».

¹⁴⁵⁶ M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, *op. cit.*, n° 112, p. 78.

¹⁴⁵⁷ Rappelons que l'ordonnance du 10 février 2016 assouplit les conditions dites d'« opposabilité » de la cession à l'égard du débiteur. En effet, il est prévu qu'une simple notification suffit ou la prise d'acte de la cession par le débiteur : voir *supra* n° 471 et s.

¹⁴⁵⁸ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n° 303, p. 330.

¹⁴⁵⁹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, n° 374, p. 371 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n° 303, p. 328 s.

réalisation de la cession et celle de l'efficacité de la cession à son égard¹⁴⁶⁰. Dans une telle hypothèse, les auteurs évoquent comme fondement l'inopposabilité au débiteur de la cession non signifiée ou non acceptée¹⁴⁶¹.

519. A côté de ces deux principales classifications, une troisième, défendue par M. Ansaloni, peut être mentionnée s'agissant du droit français. Cet auteur propose de distinguer entre les exceptions substantielles, les exceptions non substantielles et l'exception de paiement¹⁴⁶². Les exceptions substantielles regrouperaient tous les moyens de défense relatifs au contenu même de la créance, par exemple les modalités de l'obligation, les clauses d'arbitrage ou d'attribution de juridiction ; en d'autres termes, tous les moyens de défense portant sur l'objet du droit. La compensation de créances connexes et la résolution, vices inhérents à la créance, feraient donc partie de cette catégorie¹⁴⁶³. Les exceptions non substantielles renverraient aux moyens de défense relatifs au droit lui-même, tels que la compensation légale ou conventionnelle, la remise de dette ou la novation. Le paiement et tout autre acte juridique équivalent au paiement constituerait une catégorie spéciale.

Tout comme les autres classifications proposées, l'intérêt de cette troisième réside dans les différences des régimes correspondants. Ainsi, les exceptions substantielles seraient toujours opposables au cessionnaire par le débiteur en raison de la force obligatoire du fait générateur de la créance. Dans une telle hypothèse, le débiteur ferait valoir le contenu de la créance. En revanche, lorsque le débiteur invoque une exception non substantielle, il agirait, à l'instar du cessionnaire, en qualité d'ayant cause du cédant. Le débiteur serait donc, dans une telle hypothèse, un tiers au sens de l'article 1690 du Code civil, alors applicable en matière de cession de créance. Cette particularité s'explique par la conception originale de cet auteur selon laquelle même si le débiteur est, en principe, l'objet du transfert, il peut, exceptionnellement, être qualifié de tiers à la cession¹⁴⁶⁴. De la sorte, les exceptions non-substantielles, comme la novation, la remise de dette ou la compensation de dettes non connexes, ne seraient opposables au cessionnaire que si elles naissent avant l'établissement du lien officiel entre le débiteur et le cessionnaire. En ce qui concerne le paiement, M. Ansaloni précise que lorsque le débiteur invoque cette exception ou un autre acte juridique équivalent au paiement, il n'agit

¹⁴⁶⁰ Une telle problématique s'explique en raison de la dissociation existant entre la date d'efficacité de la cession à l'égard des parties et celle à l'égard des tiers.

¹⁴⁶¹ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1291, p. 1339. D'une manière implicite : G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Droit civil, t. II, Les obligations, Le régime, op.cit.*, n° 365, p. 328.

¹⁴⁶² G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, thèse préc., n° 155, p. 136. Selon la thèse défendue par cet auteur, dans la catégorie de l'exception de paiement il faudrait inclure toutes les exceptions où le débiteur accomplit un acte juridique équivalent au paiement.

¹⁴⁶³ G. ANSALONI, *ibidem.*, n° 304, p. 263 : « La compensation de créances connexes est acquise alors même que les conditions de la compensation légale ne sont pas réunies et à la différence de ce qui se passe dans le cas de la compensation judiciaire, le juge est privé de tout pouvoir d'appréciation ».

¹⁴⁶⁴ V. *supra* n° 319 s.

pas en qualité de tiers mais ne prétend pas non plus faire valoir le contenu de la créance. Partant, l'exception de paiement mériterait un traitement spécial consistant dans la prise en compte de la bonne foi du débiteur afin de déterminer son caractère libératoire ou non libératoire¹⁴⁶⁵.

520. Ces trois principales analyses portant sur la mise en œuvre de la règle de l'opposabilité des exceptions ne nous convainquent guère. Quelques critiques peuvent être émises à leur encontre.

La distinction entre exceptions personnelles et exceptions réelles ne répond qu'aux difficultés propres au domaine du cautionnement et des obligations solidaires. La coexistence d'une pluralité de liens juridiques, soit en raison d'une pluralité de débiteurs liés par une dette commune ce qui correspond au cas de la solidarité¹⁴⁶⁶, soit en raison de la particularité de l'engagement de la caution qui s'oblige à payer la dette d'autrui, pourrait expliquer le recours à de telles distinctions¹⁴⁶⁷. Dans le cas de la cession de créance, en revanche, on est en présence d'un seul débiteur. La règle de l'opposabilité des exceptions a alors pour seule finalité de déterminer sa situation juridique par rapport au nouveau créancier. Par ailleurs, compte tenu de la diversité des rapports auxquels une telle distinction s'applique, la différenciation entre exceptions personnelles et exceptions réelles est trop incertaine pour l'étendre au domaine de la cession de créance. Le manque d'unité des concepts est un risque à ne pas négliger¹⁴⁶⁸. En ce qui concerne le cautionnement, par exemple, la distinction entre exceptions personnelles et exceptions réelles a pour finalité de déterminer lesquels, entre les différents moyens de défense opposables au créancier par le débiteur, pourraient à leur tour être opposés par la caution à l'encontre de celui-ci. Les auteurs concluent que si la caution peut opposer au créancier les

¹⁴⁶⁵ G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, thèse préc., n° 156, p. 137 et s.

¹⁴⁶⁶ Il s'agit de la présentation généralement suivie par la doctrine majoritaire selon laquelle l'obligation solidaire comporterait une pluralité de liens juridiques mais une seule dette : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op.cit.*, n° 336, p. 333-334 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1251, p. 1294. *Contra* F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Cours de droit civil, Obligations, Régime*, n° 17, p. 60.

¹⁴⁶⁷ F. DANOS, « La notion d'exception inhérente à la dette en matière de cession de créance », *RLDC*, n° 73, juillet 2010, p. 8 : « (...) La distinction avec l'exception (purement) personnelle au débiteur, par les flottements et imprécisions qu'elle comporte, ne permet donc pas de découvrir le contenu précis de l'exception inhérente à la dette. Cette distinction est d'autant moins opératoire qu'elle est influencée par la nature des différents rapports auxquels elle s'applique. En effet, les solutions d'application de la distinction diffèrent en matière de cautionnement et de solidarité, en raison du caractère accessoire du premier et de l'existence d'une pluralité de liens d'obligations dans la seconde. Il est donc préférable de rechercher si la notion d'exception inhérente à la dette n'a pas déjà été directement utilisée en matière de cession de créance et si elle a reçu une définition spécifique ». Afin de conforter l'idée de la remise en question de la clarté de la distinction classique entre les « exceptions personnelles » et les « exceptions inhérentes à la dette » l'auteur précise plus loin : « Parce qu'elle est imprécise, la distinction traditionnelle entre exceptions inhérentes à la dette et celles qui sont personnelles au débiteur ne devrait être pas plus opératoire en matière de cession de créance qu'elle ne l'est en matière de cautionnement ». ; M. BILLIAU, « Observations de Marc Billiau », *LPA* 4 sep. 2015, n° 177, p. 107 où l'auteur, en s'interrogeant à propos de la pertinence de l'article 1339 du projet d'ordonnance de réforme du droit du contrat et du régime général de l'obligation concernant précisément les exceptions en matière de cession de dette, affirme que la notion d'« exceptions personnelles » fait référence à l'existence d'une pluralité de sujets d'obligation.

¹⁴⁶⁸ Ch. JUBAULT, « Les « exceptions » dans le Code civil, à la frontière de la procédure et du fond », (1^{re} partie), *LPA*, 15 janv. 2003, n° 11, spéc. 7 : « Puisque les enjeux ne manquent pas et à la lumière de l'histoire, quels buts et quelle méthode retenir alors pour une étude consacrée aux exceptions dans le Code civil ? La piste des qualifications du Code civil, exception personnelle ou non, aurait été un fil conducteur possible, mais, dès lors qu'il y a peu lieu d'espérer découvrir l'unité du concept dans les « exceptions » qui émaillent le Code civil, il faut au contraire tenter d'y appliquer les apports récents de la procédure civile, en retenant toutefois, l'importance de ces critères ».

exceptions dites réelles ou inhérentes à l'obligation principale¹⁴⁶⁹, il n'en est pas de même des exceptions personnelles, lesquelles, comme leur nom le suggère, seraient des moyens de défense propres au débiteur principal¹⁴⁷⁰. En matière d'obligations solidaires, le recours à cette classification permet de distinguer entre les moyens de défense propres à chaque codébiteur solidaire, ceux qui sont communs à tous les codébiteurs solidaires et ceux inhérents à la dette¹⁴⁷¹. Nous pouvons donc soutenir que la transposition d'une telle distinction en matière de cession de créance ne s'avère pas pertinente.

Quant à la distinction entre exceptions inhérentes et exceptions extérieures à la dette, elle a le mérite d'abandonner le recours à l'adjectif « personnelle », lequel s'avère ambigu. Comme un auteur l'a bien remarqué, toutes les exceptions, d'une façon ou d'une autre, trouvent leur origine dans les rapports personnels entre le débiteur et son créancier¹⁴⁷². En outre, cette classification est intéressante dans la mesure où elle essaie de prendre son autonomie par rapport aux classifications issues du cautionnement¹⁴⁷³ ou des obligations solidaires. Néanmoins, la distinction entre exceptions inhérentes à la dette et exceptions extérieures n'est pas complètement exempte de critiques. Le principal reproche qu'on peut lui opposer réside dans le caractère incertain des critères avancés afin de classer les différents moyens dans l'une ou l'autre des catégories¹⁴⁷⁴. L'analyse des exceptions de

¹⁴⁶⁹ Par exemple la nullité pour cause d'objet illicite.

¹⁴⁷⁰ L'exemple classique est celui de l'exception de nullité en raison de l'incapacité du débiteur principal.

¹⁴⁷¹ Ce qui explique la référence à une troisième catégorie, celle des exceptions communes.

¹⁴⁷² F. DANOS, « La notion d'exception inhérente à la dette en matière de cession de créance », art. préc., p. 9 : « Ces difficultés se comprennent aisément, car les exceptions inhérentes à la dette naissent également des rapports personnels du débiteur avec le créancier. La créance reposant sur un lien d'obligation, sur un lien personnel entre un créancier et un débiteur, les exceptions inhérentes à la dette, qui tiennent de la « nature de la créance », sont aussi, par conséquent, des exceptions personnelles ».

¹⁴⁷³ Quoique l'article 2313 du Code civil fait référence aux exceptions inhérentes à la dette en matière de cautionnement : « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette. Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur » (nous soulignons).

¹⁴⁷⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, op.cit., n° 374, p. 371- 372 : « Les critères avancés sont discutables : la notion de vice de la force obligatoire est floue et l'on ne voit pas en quoi la prescription découle des caractères de la créance. Sa mise en œuvre est délicate. Ainsi, il n'est pas si évident que cela que l'exception d'inexécution soit inhérente à la dette dans la mesure où elle n'a de sens que dans des rapports réciproques résultant d'un contrat synallagmatique ». Voir dans le même sens : L. CADIET, V° « Transport de créances », *J. Cl. Notarial*, fasc. 30. 10 mars 2014, spéc. 82 : « Il demeure cependant, comme le font exactement observer MM. Aubert, Flour et Savaux, que la solution, outre le fait qu'elle porte atteinte à la sécurité de l'opération, repose sur une assise théorique qui n'est pas évidente à déterminer ». Plus encore, un auteur semble considérer que le caractère « inhérent » d'une exception dépend moins du fait que le moyen de défense soit « propre » ou non à la créance que du fait de sa naissance avant la cession, indépendamment qu'il se manifeste après l'accomplissement des formalités de l'article 1690 du Code civil. Autrement dit, pour cet auteur la qualification d'exception « inhérente » ou d'exception « extérieure » dépendrait de l'application d'un critère temporaire. Mais la prise en compte de ce critère s'avère critiquable car le fait de permettre au débiteur d'invoquer efficacement une exception à l'encontre du cessionnaire après l'accomplissement des formalités de l'article 1690 du Code civil déterminerait finalement la nature de l'exception. Ce serait donc un critère *a posteriori* : C. LE GALLOU note sous Com. 12 janv. 2010, n° 08-22.000, RLDC, n° 69, 01 mars 2010, p. 14 qui affirme : « (...) La Cour de Cassation, ici, prend soin de préciser que le débiteur peut opposer une exception inhérente à la dette, donc née antérieurement à la cession, bien que ses effets se soient manifestés après les formalités de l'article 1690 du Code civil. Si le débiteur peut donc invoquer l'exception d'inexécution, il demeure, en pratique, nécessaire pour lui d'établir que l'exception était inhérente à la dette, ou plus généralement que le fait générateur était antérieur. En pratique, cette difficulté probatoire exige que le débiteur se ménage des preuves en ce sens avant même que la cession soit envisagée » (nous soulignons). Rappr. X. DELPECH, obs. sous Cass. com. 10 janv. 2012, D. 2010, 266. Un auteur critique le recours à la notion d'« exception inhérente » à la dette dans la mesure où elle prend des sens différents selon le domaine où elle est invoquée : D. HOUTCIEFF, « Chronique de jurisprudence », *Gaz. Pal.* 2010, n° 98, p. 17 s. où le même auteur semble considérer aussi que la Cour qualifie d'exception inhérente à la dette, en matière de cession de créance, celle qui est attachée à la créance au moment où elle est cédée ou signifiée.

prescription, de compensation et d'inexécution en témoigne. En ce qui concerne tout d'abord la prescription, certains auteurs considèrent qu'elle relève des exceptions inhérentes à la dette¹⁴⁷⁵, alors que d'autres refusent expressément une telle qualification en arguant qu'elle ne découlerait pas des caractères de la créance¹⁴⁷⁶. En outre, d'aucuns gardent le silence à propos de la qualification de cette exception, sans l'inclure dans la catégorie des exceptions inhérentes à la dette¹⁴⁷⁷. Enfin, d'autres, tout en reconnaissant l'impossibilité de qualifier la prescription d'exception inhérente à la dette, affirment qu'il est nécessaire de lui appliquer le même régime au motif que la prescription affecterait objectivement la créance elle-même dans sa substance¹⁴⁷⁸.

La même difficulté existe pour l'exception d'inexécution. Il est vrai que la plupart des auteurs s'accordent pour lui reconnaître le caractère d'exception inhérente à la dette¹⁴⁷⁹, mais d'autres se prononcent contre cette qualification. Outre la difficulté de justifier qu'elle soit invoquée en dehors des rapports réciproques résultant d'un contrat synallagmatique, les auteurs signalent l'absence d'intérêt à avancer une telle exception contre le cessionnaire. La raison en est que le cessionnaire ne devient pas partie au contrat du seul fait de la cession de créance et que la finalité de l'exception d'inexécution serait précisément d'inciter le cocontractant à exécuter la prestation¹⁴⁸⁰. Enfin, l'exception de compensation met aussi à l'épreuve la distinction entre exceptions inhérentes et exceptions extérieures à la créance. Pour bien comprendre la problématique autour de ce moyen de défense, il convient de revenir sur la distinction, propre au droit français, entre compensation de dettes connexes et compensation de dettes non connexes. La compensation de dettes dites non connexes est qualifiée par la doctrine majoritaire d'exception extérieure à la dette¹⁴⁸¹. En revanche, en matière de compensation de dettes connexes, plane un doute quant à sa qualification. Même si un nombre important d'auteurs n'hésitent pas à l'appréhender comme une exception inhérente à la dette¹⁴⁸², ce

¹⁴⁷⁵ F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 468, p. 402 : « En principe, la prescription est une exception inhérente au titre de la créance transmise. Le délai imparti à l'auteur pour agir contre le débiteur ne diffère pas de celui imparti à l'ayant cause. Bien que l'exception naisse seulement à l'issue du délai de prescription, l'écoulement du délai antérieur à la transmission s'impute sur celui restant à l'auteur pour agir » ; J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, Régime général, 4^e éd., *op. cit.*, n° 488, p. 478 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, t. III, Régime général, *op.cit.*, n° 48, p. 22 ; A. GOUÉZEL, « Les opérations translatives », art. préc.

¹⁴⁷⁶ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op.cit.*, n° 374, p. 372.

¹⁴⁷⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op.cit.*, n° 1422, p. 804 qui n'évoquent pas la prescription entre les exceptions inhérentes à la dette.

¹⁴⁷⁸ F. DANOS, « La notion d'exception inhérente à la dette en matière de cession de créance », art. préc. ; P. RAYNAUD, *Anciens cours de droit civil, D.E.A. de droit privé général, Les contrats ayant pour objet une obligation*, *op. cit.*, p. 100.

¹⁴⁷⁹ J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, Régime général, 4^e éd., *op. cit.*, n° 488, p.477 ; Y.-M. LAITHIER, obs. sous Cass. com., 12 janv. 2010, n° 08-22000, *Bull. civ. IV*, n° 2, RDC, 2010, p. 834 ; Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 826, p. 660.

¹⁴⁸⁰ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op.cit.*, n° 374, p. 372.

¹⁴⁸¹ J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, Régime général, 4^e éd., *op. cit.*, n° 490, p.479.

¹⁴⁸² J. FRANÇOIS, *ibidem*, n° 488, p. 478 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op.cit.*, n° 1422, p. 805.

qui semble d'ailleurs être conforté par la récente réforme du droit des obligations¹⁴⁸³, certains auteurs ne se prononcent pas sur sa nature¹⁴⁸⁴. En outre, un auteur a récemment remis en question cette vision en proposant d'analyser la compensation de créances connexes en une exception exogène puisqu'elle serait liée, dans tous les cas, à l'extinction de la créance¹⁴⁸⁵. De plus, certains auteurs soulignent, sans toutefois donner beaucoup d'explications, le caractère discutabile du classement de certaines exceptions, notamment des deux formes de compensation¹⁴⁸⁶.

S'agissant de la classification proposée par M. Ansaloni entre exceptions substantielles, exceptions non substantielles et paiement, deux principaux reproches peuvent lui être faits. En premier lieu, elle se base sur une conception discutabile du terme « exception », ce qui pourrait être à l'origine d'importantes difficultés au sujet de la portée de l'acceptation de la cession en matière de cession Dailly, par exemple, ou même à propos du renoncement du débiteur à la règle de l'opposabilité des exceptions¹⁴⁸⁷. En second lieu, cette distinction correspond à une analyse particulière de la qualité de débiteur présenté par l'auteur à laquelle nous ne souscrivons pas¹⁴⁸⁸.

521. En somme, aucune des analyses proposées ne paraissent pleinement convaincante. Il convient donc de rechercher une meilleure façon d'expliquer non seulement pourquoi le débiteur peut opposer au cessionnaire les moyens de défense qu'il aurait pu opposer au cédant si la cession n'avait pas eu lieu, mais aussi quelles sont les conditions d'une telle opposabilité.

β *Analyse retenue*

522. Contrairement aux idées reçues, la règle de l'opposabilité des exceptions ne peut être bien comprise à partir de l'analyse de la cession en un acte translatif. C'est précisément en ayant à l'esprit qu'outre le transfert de la créance, bien incorporel, la cession entraîne une modification unilatérale d'un lien juridique, l'obligation, qu'il est possible de parvenir à une analyse plus satisfaisante de la règle de l'opposabilité des exceptions.

¹⁴⁸³ En effet, l'article 1324 de l'ordonnance du 10 février 2016 dispose que la compensation des dettes connexes est une exception inhérente à la dette, au même titre que l'exception d'inexécution, la nullité et la résolution.

¹⁴⁸⁴ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n° 303, p. 330 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1291, p. 1338.

¹⁴⁸⁵ Ch. LACHIEZE, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, *op. cit.*, n° 528, p. 519 où l'auteur qualifie la « compensation » d'exception naissant à l'extérieur de la créance, sans faire aucune distinction entre le mécanisme général et celui ayant pour objet une créance connexe. Nous pouvons également inférer cette qualification du traitement accordé à la compensation de dettes connexes de la section générale concernant les exceptions exogènes.

¹⁴⁸⁶ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, n° 375, p. 373.

¹⁴⁸⁷ V. *supra* n° 511.

¹⁴⁸⁸ V. *supra* n°362.

523. Si l'on met en avant le fait que la cession de créance opère une modification unilatérale d'obligation par changement de créancier, on comprend mieux que la véritable finalité des règles concernant le débiteur soit de le protéger contre le risque d'aggravation de sa situation en raison de cette modification. Deux conséquences principales en matière d'opposabilité des exceptions découlent de cette analyse.

La première est qu'il paraît plus opportun d'analyser cette règle comme étant un moyen de protection du débiteur que comme une conséquence du caractère translatif de la cession. C'est ainsi que l'on peut expliquer que certaines exceptions soient opposables au cessionnaire indépendamment de leur apparition postérieurement à la réalisation de la cession et même postérieurement à l'établissement du lien entre le débiteur et le cessionnaire. D'autre part, c'est parce que l'opposabilité des exceptions a pour finalité de protéger le débiteur qu'il est envisageable que celui-ci puisse renoncer à les opposer. Enfin, le fait que l'acceptation du débiteur puisse entraîner la perte de la possibilité d'opposer des exceptions, comme en matière de cession Dailly, conforté l'idée que la règle mentionnée a surtout pour but de protéger le débiteur de la créance cédée¹⁴⁸⁹.

La seconde conséquence est que la distinction entre les différentes exceptions et leur régime doit s'articuler autour de la qualité de créancier et non autour de la créance, comme c'est le cas dans la plupart des analyses classiques. En effet, la cession opérant à l'égard du débiteur un changement de créancier, il paraît logique, afin de déterminer l'incidence de la cession sur la situation du débiteur par rapport aux moyens de défense que celui-ci peut invoquer, de prendre pour référence la qualité du créancier.

C'est pourquoi nous proposons de distinguer entre exceptions liées à la seule qualité de créancier et celles qui ne le sont pas. Cette distinction n'est d'ailleurs pas complètement ignorée par la doctrine française¹⁴⁹⁰. Notons qu'une référence est faite à la « qualité » et non à la personne du créancier. Il importe de constater si le moyen de défense invoqué par le débiteur à l'encontre du cessionnaire est ou non de ceux qui, pour être recevables, doivent résulter d'un acte conclu entre le créancier et le débiteur. Dans le premier cas, on est en présence d'une exception liée à la seule qualité de créancier alors que dans le second, il s'agit d'une exception non liée à la seule qualité de créancier

¹⁴⁸⁹ En effet, si on affirme que la règle de l'opposabilité des exceptions n'a uniquement pour fondement le caractère translatif de la cession, il semblerait difficile de justifier la possibilité pour le débiteur de jouer un rôle, quel qu'il soit, dans la mise en œuvre d'une telle règle.

¹⁴⁹⁰ En effet, certains auteurs font expressément référence aux « exceptions liées à la seule qualité de créancier ». Cependant, ils ne font référence aux exceptions détachées de la qualité de créancier comme étant la catégorie opposée mais, en revanche, ils semblent défendre la dénomination d'« exceptions inhérentes à la dette » : Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 1422, p. 805; A. GOUÉZEL, « Les opérations translatives », art. préc., qui nonobstant approuver la distinction entre les « exceptions inhérentes à la dette » et les exceptions extérieures à la dette » reconnaît que ces dernières sont liées à la qualité de créancier étant donné que ce sont des actes qui ne sont valables que s'ils sont conclus entre le créancier et le débiteur. Rapp. A.-S. BARTHEZ, obs. sous Cass. com. 12 janv. 2010, préc.

en ce sens que, on le répète, son efficacité n'est pas conditionnée au fait qu'elle résulte d'un acte conclu entre le créancier et le débiteur.

Cependant, il convient de préciser qu'à côté de ces deux types d'exceptions, un troisième relatif aux exceptions ayant trait à la personnalité du créancier peut être mis en évidence. Par exemple, la simulation ne peut être opposée qu'à l'encontre du cédant en sa qualité de partie à l'acte simulé¹⁴⁹¹. D'une certaine façon il est donc possible d'affirmer que l'exception de simulation est liée à la personne du cédant. En tout état de cause, il s'agit d'une catégorie assez restreinte.

524. Ces précisions faites, le régime des exceptions liées à la seule qualité du créancier est sensible au changement de créancier opéré par la cession de créance alors que celui des exceptions qui ne le sont pas n'est pas sensible à une telle substitution. En d'autres termes, si le débiteur peut opposer au cessionnaire, sans aucune limite, les exceptions non liées à la seule qualité de créancier dans la mesure où la cession de créance ne change rien à leur égard, il n'en est pas de même pour les exceptions liées à la seule qualité de créancier. En effet, dans cette seconde hypothèse, le débiteur ne peut plus s'entendre valablement avec le cédant à compter de l'établissement du lien entre lui et le cessionnaire¹⁴⁹². C'est précisément à partir de ce moment que s'opère la modification du lien d'obligation¹⁴⁹³.

525. Si les précisions antérieures s'avèrent fondamentales, c'est parce qu'elles permettent de mieux comprendre la mise en œuvre de la règle de l'opposabilité des exceptions.

S'agissant des exceptions de paiement ou de remise de dette par exemple, leur qualification de moyens de défense liés à la seule qualité de créancier ne fait pas de doute. Ainsi, pour que le débiteur puisse les opposer valablement au cessionnaire, ces actes devraient intervenir entre le débiteur et le cédant avant l'établissement du lien entre celui-là et le cessionnaire. En effet, le principe est qu'un paiement valable doit être réalisé au bénéfice du créancier ou de la personne agissant à son nom. Pour sa part, l'efficacité de la remise de dette est aussi conditionnée à ce que le créancier l'accorde. Il en est de même en ce qui concerne l'octroi d'un terme : il n'appartient qu'au créancier d'accorder un terme ou de réaliser n'importe quel autre type d'acte modificatif de la créance.

¹⁴⁹¹ V. *infra* n° 567, 568.

¹⁴⁹² Rappelons que l'établissement du lien entre le débiteur et le cessionnaire a lieu soit par la notification faite par le cédant ou le cessionnaire, soit par l'acceptation de la cession par le débiteur, voire la prise d'acte conformément au terme utilisé par les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 (v. *supra* n° 468 et s.)

¹⁴⁹³ V. *supra* n° 464 et s.

De plus, on peut constater que l'établissement du lien entre le débiteur et le cessionnaire n'a aucun rôle à jouer lorsqu'il s'agit de déterminer l'opposabilité des exceptions de nullité, de prescription ou même d'inexécution¹⁴⁹⁴. Ce sont, de manière évidente, des exceptions non liées à la seule qualité de créancier, sans qu'il soit besoin de recourir à la qualification douteuse, au moins en ce qui concerne l'exception de prescription, d'exceptions inhérentes à la créance¹⁴⁹⁵.

526. L'analyse proposée s'avère très utile pour la mise en œuvre de l'exception de compensation. On sait que la doctrine et la jurisprudence française distinguent entre la compensation de dettes connexes, exception inhérente à la dette, et celle de dettes non connexes, exception extérieure à la dette. Alors que la compensation de créances connexes serait avant tout une garantie -la dette de chaque partie étant affectée, dès leur naissance, à la garantie de paiement de ses propres créances sur l'autre partie¹⁴⁹⁶-, la compensation de créances non connexes serait un mécanisme d'extinction des obligations fondé sur la réciprocité et la fongibilité des obligations. Cette différence justifierait l'influence de l'opposabilité de la cession dans la compensation de créances non connexes et, en revanche, l'indifférence d'une telle opposabilité en matière de compensation de créances connexes. Cependant, une telle distinction ne s'impose pas avec la force de l'évidence.

527. Afin d'expliquer notre réticence quant au traitement de l'exception de compensation en droit français, quelques remarques s'imposent quant aux origines et à la portée de la distinction entre la compensation de dettes connexes et celle de dettes non connexes. Cela nous permettra de montrer que la distinction proposée entre exceptions liées à la seule qualité de créancier et celles qui ne le sont pas permet de mieux expliquer la mise en œuvre de l'exception de compensation.

En premier lieu, précisons que la notion de connexité est d'origine jurisprudentielle¹⁴⁹⁷. Elle a vu le jour en matière de procédures collectives afin de permettre à la compensation de jouer dans les

¹⁴⁹⁴ En effet, si l'exception d'inexécution a un rapport inévitable avec la qualité de cocontractant, il n'en est pas de même par rapport à la qualité de créancier ; il peut en effet y avoir une dissociation entre les qualités de contractant et du créancier. Ainsi, dans le cas d'une cession de créance issue d'un contrat synallagmatique, le cédant continue à être cocontractant du débiteur cédé alors que le cessionnaire acquiert la qualité de créancier.

¹⁴⁹⁵ V. *supra* n° 520.

¹⁴⁹⁶ J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 114, p.103-104 ; A.-M. TOLEDO, « La compensation conventionnelle, contribution plus particulièrement à la recherche de la nature juridique de la compensation conventionnelle in futurum », *RTD civ.* 2000, p. 265 : « *A cet égard la compensation simplifie les paiements (1) : elle évite une double exécution des obligations et substitue cette dernière au seul paiement de l'excédent de la dette la plus élevée sur la plus faible. Cantonner la compensation à sa fonction de simplification des paiements traduirait cependant une conception réductrice de la compensation. L'intérêt grandissant de la compensation est de fournir au créancier une garantie de paiement particulièrement adaptée dans un contexte de procédure collective de son débiteur* ».

¹⁴⁹⁷ Ch. LABEL, « Compensation pour dettes connexes : rappel des conditions de mise en œuvre », *Lexbase Hebdo*, Ed. *Affaires*, n° 307, 6 sep. 2012. ; A. BENABENT, *Droit des obligations*, *op.cit.*, n° 779, p. 603 : « *La jurisprudence, consacrée par la loi (C. com. art. L 622-7), fait toutefois exception en cas de dettes connexes pour la même raison qu'en cas de transfert de créance : l'autre partie pouvait alors dès l'origine compter sur un « droit à la compensation » à titre de garantie* ».

hypothèses de créances connexes antérieures au jugement d'ouverture, même si les conditions de la compensation légale n'étaient pas réunies à cette date¹⁴⁹⁸. Cependant, il ne paraît pas aisé de donner une définition précise de la connexité. D'une façon approximative, on peut dire qu'elle exprime l'idée d'un lien étroit entre des créances réciproques¹⁴⁹⁹. Plus précisément, conformément aux développements jurisprudentiels, trois sources principales de créances connexes peuvent être identifiées : en premier lieu, les créances issues d'un même contrat¹⁵⁰⁰ ; en deuxième lieu, les créances issues d'un ensemble contractuel unique formé de plusieurs contrats¹⁵⁰¹ ; en troisième lieu, les créances et dettes inscrites dans un même compte courant¹⁵⁰². Malgré la difficulté de donner un sens précis à la connexité, cette notion a été étendue postérieurement pour être appliquée à d'autres domaines, notamment à la cession de créance¹⁵⁰³.

L'extension de la notion de « connexité » au champ de la cession de créance peut s'expliquer par l'interprétation majoritairement admise de l'ancien article 1295, alinéa 2 du Code civil relatif à la compensation. Aux termes de cette disposition, le débiteur ne peut invoquer, à l'encontre du cessionnaire, la compensation de créances postérieures à la signification de la cession¹⁵⁰⁴. Ainsi, conformément à la doctrine majoritaire, en cas de signification de la cession au débiteur, celui-ci ne pourrait opposer la compensation au cessionnaire que si la créance réunit, à ce moment, toutes les conditions classiquement exigées pour que la compensation puisse avoir lieu. Autrement dit, il serait nécessaire de constater que les deux créances sont réciproques, fongibles, liquides et exigibles¹⁵⁰⁵ de sorte que lorsqu'une ou plusieurs conditions font défaut, il conviendrait de conclure au caractère postérieur de la créance et, par conséquent, à l'impossibilité pour le débiteur d'invoquer la compensation à l'encontre du cessionnaire¹⁵⁰⁶.

¹⁴⁹⁸ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op.cit.*, n° 485, p. 470.

¹⁴⁹⁹ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1404, p. 1446 ; J.-P. CLAVIER, note sous Cass. civ. 3^e, 12 juill. 1995, *D.* 1997, p. 95 et s., spéc. p. 97 : « La connexité est une notion centrale du droit des obligations qui, paradoxalement, n'apparaît pas expressément dans les dispositions du Code civil. Les conséquents travaux de la doctrine, ont mis en évidence le rôle de la connexité sans toutefois proposer une définition qui, au demeurant, semble impossible à donner. On peut toutefois s'accorder sur l'idée que l'origine commune des créances postule l'existence d'un lien de connexité qui, loin de se rompre avec un changement de titulaire, les unit jusqu'à leur extinction ».

¹⁵⁰⁰ J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 111, p. 95.

¹⁵⁰¹ Cass. com. 9 mai 1995, *Bull. civ. IV*, n° 130, *D.* 1996. 322, note G. Loiseau ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op.cit.*, n° 485, p. 470. D'une manière générale à propos des hypothèses de connexité : P. CROCQ, « L'efficacité incertaine de la cession Dailly », *Dr. et Patr.* 2002, 106.

¹⁵⁰² Ch. LEBEL, « Compensation pour dettes connexes : rappel des conditions de mise en œuvre », art. préc.

¹⁵⁰³ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1403, p. 1383.

¹⁵⁰⁴ V. infra n° 570 et s.

¹⁵⁰⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op.cit.*, n° 476, p. 461 qui ajoutent le caractère de la disponibilité des créances ; J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 493, p. 480 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1392, p. 1434 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op.cit.*, n° 1422, p. 804 : « Quant à la compensation, il s'agit en principe d'une exception liée à la seule qualité de créancier : la compensation peut être invoquée par le débiteur si ses conditions étaient réunies avant que la cession ne lui soit devenue opposable ».

¹⁵⁰⁶ R. MENDEGRIS, *La nature juridique de la compensation*, Préf. P. Catala, LGDJ, 1969, n° 33, p. 52 : « À dater de la signification, en effet, le cédé n'est plus débiteur du cédant, mais du cessionnaire. Par créances postérieures, il faut bien évidemment entendre les créances nées du chef du cédé après la signification de la cession. Mais il faut aussi comprendre dans cette catégorie celles qui, nées antérieurement, ne sont

Ce traitement entraîne néanmoins un risque d'aggravation de la situation du débiteur. Certes, celui-ci pourrait toujours faire valoir sa créance à l'encontre du cédant mais il s'expose à l'insolvabilité de celui-ci et à l'éventuel concours des créanciers du cédant¹⁵⁰⁷. Il est donc vraisemblable que la notion de connexité ait été étendue au domaine de la cession de créance afin, précisément, de protéger le débiteur contre ce risque d'aggravation de sa situation en raison de la perte de la possibilité d'opposer la compensation. La connexité suppléerait les conditions de la compensation lorsque celles-ci font défaut. La question se pose alors de savoir si la connexité pourrait se substituer à toutes les conditions de la compensation ou seulement à quelques-unes. D'après la doctrine majoritaire et la jurisprudence, la connexité peut seulement pallier l'absence de liquidité ou d'exigibilité. En effet, la jurisprudence reconnaît la possibilité pour le débiteur d'invoquer à l'encontre du cessionnaire la compensation en cas de connexité même si les créances, au moment de la signification ou de la notification selon qu'il s'agisse d'une cession de droit commun ou d'une cession Dailly, ne sont pas encore exigibles ou liquides¹⁵⁰⁸. Ainsi, les conditions de réciprocité et de fongibilité devraient être constatées dans tous les cas¹⁵⁰⁹. Le régime de l'exception de compensation de dettes connexes opérerait donc une dérogation à la règle posée à l'aliéna 2 de l'ancien article 1295 du Code civil selon laquelle la signification d'une cession au débiteur n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette signification. Dans les cas des créances connexes, le débiteur pourrait invoquer la compensation à l'encontre du cessionnaire, même s'il s'agit d'une créance postérieure. Cette possibilité pour le débiteur d'une créance cédée de se prévaloir de la compensation en cas de connexité explique que la doctrine majoritaire qualifie une telle exception d'inhérente à la dette afin de la distinguer de la compensation de dettes non connexes, qui serait une exception extérieure. La différence se justifie car en cas de connexité, « *chaque partie ne pourra obtenir le paiement de sa créance que sous déduction du montant de ses dettes. La compensation, c'est-à-dire l'extinction des deux dettes à concurrence de la plus faible, se présente alors*

devenues liquides et exigibles, et, de façon générale, compensables, qu'après la notification. La solution ne fait, actuellement aucun doute ni en doctrine ni en jurisprudence et il affirme que les travaux préparatoires confirmeraient une telle interprétation ». Voir dans le même sens en application du nouvel article 1324 issu de l'ordonnance du 10 février 2016 : D. MARTIN, V° « Compensation », *J.-Cl. Civil.*, art. 1347- 1348-2, fasc. 20, 2 mars 2017, n° 26 : « *Inversement, le débiteur cédé ne peut pas opposer au cessionnaire la compensation des créances nées à son profit contre le cédant ou devenues liquides et exigibles postérieurement à la notification du transfert ; car, à partir de cette notification, le transfert lui est opposable par application de l'article 1324 du Code civil* ».

¹⁵⁰⁷ J.-P. CLAVIER, « Cession et compensation de créances connexes : comment concilier les intérêts du cédé et du cessionnaire ? », note préc. ss. Cass. civ. 3^e, 12 juill. 1995.

¹⁵⁰⁸ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op.cit.*, n° 486, p. 471 ; Cass. civ. 3^e, 12 juill. 1995, *Bull. civ.* III, n° 183, *D.* 1997. 95 note J.-P. Clavier ; Cass. com., 27 juin 1995, n° 92-21243, *RTD com.* 1995. 824, obs. M. Cabrillac qui précise que dans cette décision la Cour de cassation approuve une conception large de la connexité : celle-ci serait suffisamment caractérisée lorsque les créances réciproques sont issues de contrats distincts mais qui appartiennent à un ensemble contractuel unique servant de cadre général aux relations d'affaires entre les parties.

¹⁵⁰⁹ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n° 1070, p. 1087 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op.cit.*, n° 486, p. 471. Voir cependant la position de M. François pour qui, en matière de cession de créance, « *l'effet de la connexité et si puissant qu'elle permet de passer outre la condition de réciprocité* » : J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations, Régime général*, *op. cit.* 4^e éd., n° 113, p. 103.

comme le mode de réalisation de la garantie ainsi induite par la connexité »¹⁵¹⁰. Cette analyse a d'ailleurs été entérinée par la récente réforme du droit des obligations. En effet, l'ordonnance du 10 février 2016 distingue entre la compensation de dettes connexes, exception inhérente à la dette, et la compensation de dettes non connexes, exception née d'un rapport avec le cédant avant que la cession lui soit devenue opposable¹⁵¹¹.

528. En dépit de la préférence du droit français pour la distinction entre compensation de créances connexes et compensation de créances non connexes, celle-ci ne nous semble pas complètement convaincante. Nous partageons la position des auteurs qui considèrent que la compensation reste principalement un mécanisme de paiement simplifié résultant de la fongibilité et de la réciprocité des dettes, indépendamment du fait qu'elle puisse aussi constituer une garantie efficace¹⁵¹². C'est précisément parce que la réciprocité est un élément indispensable à la compensation que l'appréhension de celle-ci comme une exception liée à la seule qualité de créancier se révèle évidente. Le fait que les partisans de la distinction entre compensation des dettes non connexes et compensation des dettes connexes insistent sur la nécessité de la réciprocité des créances conforte cette idée¹⁵¹³. Mais n'est-ce pas alors exposer le débiteur au risque de voir sa situation aggravée par la perte de la possibilité d'opposer la compensation au cessionnaire ? Nous ne le pensons pas. Il suffit d'interpréter autrement l'expression « créances postérieures » employée par le législateur français à l'alinéa 2 de l'ancien article 1295 du Code civil. Plus précisément, nous proposons d'accorder une signification plus étroite à celle-ci.

¹⁵¹⁰ J. FRANÇOIS, *ibidem*, n° 114, p. 104.

¹⁵¹¹ En d'autres termes, il serait possible d'affirmer que pour les partisans d'une telle distinction la compensation de créances connexes serait principalement une garantie alors que la compensation de créances non connexes se rapprocherait plus du paiement : J. FRANÇOIS, *ibid.*, n° 92, p. 89 : « Toute compensation confère à celui qui peut l'invoquer une puissante garantie de recouvrement de sa créance. Mais, s'agissant de la compensation ordinaire, la mise en œuvre de cette garantie suppose la coexistence accidentelle de deux obligations réciproques, liquides et exigibles, c'est-à-dire en état d'être payés. Quand bien même le juge est habilité à donner un coup de pouce à la partie dont la créance n'est pas encore liquide, le mécanisme compensatoire, qui représente avant tout un mode de paiement simplifié, reste donc extérieure aux obligations concernées. Au contraire, et tel est le sens de la formule jurisprudentielle, lorsque les dettes sont connexes, la compensation est l'expression d'un mécanisme de garantie qui leur est inhérent. Autrement dit, en cas de connexité, la dette de chaque partie est affectée, dès sa naissance, à la garantie du paiement de ses propres créances sur l'autre partie ».

¹⁵¹² J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, *op. cit.*, n° 75, p. 69. D'une façon implicite : Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, *op. cit.*, n° 172 s, p. 108 et s., où l'auteur précise que la compensation, légale ou conventionnelle, des dettes connexes ou de dettes non connexes, reste un mode d'extinction des obligations fondé sur la fongibilité et la réciprocité des dettes. Certains auteurs précisent effectivement qu'il s'agit là de la vision défendue par le Code civil : G. DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, Préf. J.-L. Mouralis, LGDJ, 1989, n° 20, p. 16 : « Ainsi les dispositions du Code civil, et notamment le principe de la protection des droits des tiers, révèlent sans ambiguïté que le législateur entend faire de la compensation un mode de paiement réciproque automatique et simplifié et non une garantie. Il en résulte que, selon la conception du Code, elle ne pourra avoir accessoirement cet effet que lorsqu'il sera sans utilité véritable ».

¹⁵¹³ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, n° 486, p. 471 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n° 1057, p. 1073 : « En présence en effet de dettes et des créances connexes, la compensation peut opérer nonobstant l'absence de liquidité ou d'exigibilité de la créance invoquée ».

529. En effet, nous avons pu constater que les « créances postérieures » désignent celles qui ne sont pas encore exigibles ou liquides au moment de la signification de la cession en droit commun¹⁵¹⁴ ou au moment de la notification dans le cas d'une cession Dailly. C'est précisément pour cette raison que la connexité joue un rôle important en permettant au débiteur de la créance cédée d'invoquer la compensation malgré le défaut des conditions exigées. Cependant, l'analyse des créances postérieures en tant que créances non exigibles ou non liquides est critiquable. Sans qu'il soit nécessaire d'entrer ici dans le débat vigoureux au sujet de la date de naissance des créances¹⁵¹⁵, il nous semble possible d'affirmer que le recours au terme « postérieur » fait davantage penser à une créance dont il n'existe aucun indice au moment de l'accomplissement des formalités de signification ou de notification selon le cas examiné. Lorsque les auteurs et la jurisprudence insistent sur le fait que la connexité cherche à suppléer l'exigibilité ou la liquidité, il convient donc de comprendre qu'ils postulent que la créance a déjà une existence. Certes, il est difficile de déterminer avec précision ce qu'il faut comprendre par « existence » ou « naissance » d'une créance¹⁵¹⁶ mais comme un auteur l'a souligné récemment, il semble possible de tenir compte d'une date de constitution apparente¹⁵¹⁷. En ce qui concerne une créance contractuelle par exemple, cette date sera celle de la conclusion du contrat¹⁵¹⁸. Quant à une créance extracontractuelle, l'auteur signale que sa constitution apparente correspond au jour du dommage¹⁵¹⁹.

¹⁵¹⁴ En faveur de cette analyse : L. LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations*, t. V, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885, n° 11, p. 209 : « On le voit, Pothier ne prévoit que deux cas en opposition l'un à l'autre ; celui où la compensation s'est opérée de plein droit avant la notification de la cession, et celui où elle ne s'est opérée qu'après. Dans le premier cas, elle peut être opposée au cessionnaire ; dans le second, elle ne le peut pas. L'article 1295 ne signifie pas autre chose ; et quand il parle de créances postérieures à la notification de la cession, il entend par là seulement celles qui, abstraction faite de leurs dates, et quoique le principe en existât antérieurement, ne sont devenues compensables, c'est-à-dire liquides et exigibles, qu'après la cession notifiée. La date de leur existence se confond ici, au point de vue où elles sont considérées, avec l'époque à laquelle existent les conditions requises pour la compensation légale » ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. XII, Alex-Gobelet, Paris, 1831, n° 438, p. 548 : « Mais la cession empêcherait la compensation des créances antérieures à la notification, si ces créances ne réunissaient pas, au moment où cette notification a eu lieu, toutes les conditions requises pour la compensation légale, parce qu'elles n'étaient pas liquides ou exigibles. Le cessionnaire n'est obligé de souffrir d'autres compensations que celles que le débiteur eût pu opposer au cédant lui-même au moment de la signification de la cession ».

¹⁵¹⁵ Voir pour une analyse approfondie sur ce sujet : *La date de naissance des créances*, Colloque du CEDAG, LPA 9 novembre 2004.

¹⁵¹⁶ Voir à ce sujet : P.-E. AUDIT, *La « naissance » des créances*, Préf. D. Mazeaud, Dalloz, 2015.

¹⁵¹⁷ P.-E. AUDIT, *La « naissance des créances »*, *op. cit.*, n° 497, p. 385 : « Le concept de date de constitution apparente d'une créance a vocation à exprimer une idée classique : il s'agit de la date à laquelle les conditions posées par une norme pour rendre une personne débitrice sont réunies (...) Assigner à la créance une date de constitution apparente comporte alors, selon les cas, une part plus ou moins importante de subjectivité qu'il convient d'admettre et d'intégrer à l'analyse ».

¹⁵¹⁸ P.-E. AUDIT, *ibidem.*, n° 502, p. 389 : « Ces considérations nous conduisent donc à proposer de retenir comme critère de référence pour la constitution d'une créance contractuelle l'accord définitif des parties sur celle-ci, tout en se gardant de considérer que ce critère permettra d'appréhender l'ensemble des créances contractuelles : la diversité des hypothèses particulières, et par conséquent des considérations susceptibles d'entrer en jeu dans l'appréciation du caractère actuel qu'il paraît raisonnable de prêter aux créances, l'interdit ».

¹⁵¹⁹ P.-E. AUDIT, *ibid.*, n° 457, p. 349-350 : « D'un point de vue de la loi, on peut en effet dire que « les dés sont jetés » au jour du dommage : soit les conditions sont réunies, soit elles ne le sont pas ; soit il y a créance, soit il n'y a pas créance : on reconnaît le raisonnement binaire et interne au concept d'existence. Un lecteur attentif objectera toutefois que l'une des premières conclusions de cette étude a été que cette manière d'appréhender la situation est erronée : on ne sait pas, à cette date, si les conditions de la responsabilité sont véritablement réunies ; peut-être ne le sont-elles pas et qu'ainsi rien « n'existe » en réalité à cette date. L'observation est tout à fait juste, et c'est pour cela que l'on a suggéré que cette idée fonctionne « relativement » bien dans cette hypothèse. Ce qui subsiste, c'est une incertitude sur la réalité de la réunion de ces conditions, et c'est précisément pour rendre compte de cette donnée que l'on propose d'accoler au terme de constitution l'adjectif « apparent » ».

530. C'est pourquoi nous croyons que l'expression « créances postérieures » doit être interprétée de façon restreinte, c'est-à-dire être limitée aux créances n'ayant pas de date de constitution apparente au moment de la signification ou de la notification. En d'autres termes, si l'acte source de la créance cédée existe au moment de l'accomplissement des formalités mentionnées pour l'efficacité de la cession à l'égard du débiteur, il convient de conclure que l'on est en présence d'une créance « antérieure » ou « existante », indépendamment du fait qu'elle soit exigible ou liquide, ou qu'elle ne le soit pas. Le recours à la connexité devient inutile dès lors que le débiteur ne perd pas la possibilité d'invoquer la compensation d'une créance dont la date de constitution apparente peut être établie à la date de l'efficacité de la cession à son égard, même si une telle créance n'est pas encore exigible. En outre, comme un auteur l'a souligné, la « connexité » représente un critère flou utilisé par la jurisprudence dans des hypothèses différentes et dont l'ambiguïté risque d'affaiblir la situation du cessionnaire¹⁵²⁰. L'analyse proposée semble d'ailleurs confortée par le droit colombien où la distinction entre compensation de dettes connexes et compensation de dettes non connexes n'a pas lieu d'être.

531. En effet, le législateur colombien a pris soin de préciser, en droit commun, que dans l'hypothèse où la cession de créance a été notifiée au débiteur, celui-ci ne perdait pas la possibilité d'opposer au cessionnaire la compensation d'une créance acquise contre le cédant même si elle ne devient exigible qu'après une telle notification¹⁵²¹. Cette position s'explique aisément si l'on tient compte du fait que le changement de créancier opéré par la cession de créance ne doit pas affecter la situation du débiteur et, qu'avant ce changement, le débiteur avait acquis un droit de créance contre le cédant. La condition de réciprocité étant vérifiée, rien ne justifie de méconnaître la possibilité pour

¹⁵²⁰ H. LEDAUPHIN, « Une illustration des limites de la notion de connexité en matière de compensation », *D.* 1996, p. 502. Voir également le rapport de la cour de cassation de 1995 réalisé par le même auteur au sujet de l'exception de compensation.

¹⁵²¹ En ce sens l'alinéa 2 de l'article 1718 du Code civil colombien. Il s'agit d'ailleurs de la conception défendue au sein de certaines codifications savantes. Par exemple, l'article 11 : 307 des Principes du droit européen du contrat dispose qu'il n'est pas nécessaire que la créance cédée soit exigible au moment de la notification de la cession mais qu'une telle exigibilité do it avoir lieu au moment de l'exigibilité de la créance cédée. En outre, dans les commentaires qui accompagnent cette disposition les auteurs précisent qu'« *il n'est pas nécessaire pour la compensation que la créance inverse considérée ait été exigible au moment où le débiteur a reçu notification de la cession : il suffit qu'elle existe en tant que debitum in praesenti, solvendum futuro. S'il en était autrement, le droit potentiel du débiteur de compenser contre le créancier une créance inverse qui devrait être exigible au même moment que celle du créancier serait éteint par la cession que ferait le créancier de sa créance, contrairement au principe fondamental que la cession ne doit pas préjudicier au débiteur. Cependant, en vertu de l'article 13 :101, il est nécessaire que les créances réciproques soient exigibles au moment où le paiement de la créance cédée est réclamé au débiteur, car le débiteur n'est pas en droit d'utiliser la compensation pour activer la créance inverse* » (*Principes du droit européen du contrat*, version française préparée par G. Rouhette, avec le concours de I. De Lamberterie, D. Tallon et Cl. Witz, *op. cit.*, p. 479, spéc. n° 2). La même solution s'applique en droit suisse : voir l'article 169, alinéa 1^{er} du CO qui dispose : « *Le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire, comme il aurait pu les opposer au cédant, les exceptions qui lui appartenaient au moment où il a eu connaissance de la cession* » et le second alinéa ajoute : « *S'il possédait contre le cédant une créance non encore exigible à cette époque, il peut invoquer la compensation, pourvu que sa créance ne soit pas devenue exigible postérieurement à la créance cédée* ».

le débiteur de faire valoir, le moment venu, la compensation en sa faveur¹⁵²². La finalité est donc de ne pas porter atteinte aux espoirs légitimes du débiteur de pouvoir se servir de la compensation lorsqu'au moment de la cession son droit de créance existe même s'il ne peut pas encore le réaliser¹⁵²³. En ce sens, le traitement accordé à la compensation dans le domaine de la cession de créance à titre de garantie, en droit colombien, nous semble critiquable. En effet, le législateur a prévu, à l'article 30 de la loi 1676 du 20 août 2013¹⁵²⁴, que le débiteur ne pouvait se prévaloir de la compensation contre le cessionnaire que si le droit de compensation existe au moment de la notification. Une telle rédaction est ambiguë, car certains pourraient arguer du fait que le droit de compensation n'existe que si toutes les conditions nécessaires pour qu'elle opère sont réunies au moment de la notification.

532. Outre les considérations précédentes, la prise en compte du moment de la formation de la créance plutôt que celui de la connexité est plus avantageuse pour le débiteur. La raison en est que le débiteur pourra toujours opposer en compensation une créance au cessionnaire, sans qu'il soit besoin qu'une telle créance ait nécessairement un quelconque lien de connexité avec la créance cédée, conformément au principe de non aggravation de la situation du débiteur. En effet, si le débiteur acquiert une créance à l'encontre du cédant avant la signification ou notification de la cession, il est tout à fait légitime qu'il s'attende à pouvoir bénéficier de la compensation.

533. Si le maintien du contenu de la créance et la règle de l'opposabilité des exceptions sont indispensables pour éviter l'aggravation de la situation du débiteur, il en est de même de la conservation des conditions d'exécution de la prestation.

c) Le maintien des conditions d'exécution de la prestation

534. Il a été précisé que le débiteur d'une créance cédée bénéficie non seulement du maintien de la créance, mais aussi de la règle de l'opposabilité des exceptions, ce qui permet de le protéger contre les risques d'aggravation de sa situation comme conséquence de la cession. Ainsi, il peut paraître difficile de comprendre à quoi correspond exactement la « conservation des conditions

¹⁵²² Voir en ce sens les commentaires d'un auteur chilien à propos de la dispositions prévue dans le Code civil chilien à l'origine de la disposition dans le Code civil colombien : L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, t. XII, *De las obligaciones*, III, n° 1841, p. 525-526:« (...) Par conséquent, si après la cession de la créance mais avant la notification ou l'acceptation de la cession, le débiteur, qui n'avait aucune créance contre son créancier, devient à son tour créancier du cédant, la dette s'éteindra par compensation ; et il pourra opposer cette compensation au cessionnaire au moment de la notification de la cession et lorsque le cessionnaire demande le paiement, même si la créance qu'il a acquise après la cession ne devient exigible qu'après la notification, conformément à l'article 1659 ; mais, naturellement, pourvu que la créance en sa faveur soit exigible au moment qu'on lui oppose la cession ».

¹⁵²³ J. SUESCÚN MELO, *Derecho privado*, II, *Estudios de Derecho civil y comercial contemporáneo*, op. cit., p. 557.

¹⁵²⁴ Loi n° 1676 du 20 août 2013 relative aux garanties mobilières publié au Journal Officiel n° 48.888 du 20 août 2013.

d'exécution ou de réalisation de la créance », c'est pourquoi il est nécessaire de préciser la signification de la règle évoquée (i), avant de faire quelques commentaires relatifs à sa mise en œuvre (ii).

i) Signification

535. Le fait que le débiteur d'une créance cédée reste tenu de la même créance envers le cessionnaire ne garantit pas que sa situation ne puisse être aggravée. En raison de la cession, le débiteur devra s'exécuter entre d'autres mains que celles de son créancier initial, ce qui peut lui occasionner des dépenses additionnelles si, par exemple, le cessionnaire a son domicile dans un endroit différent de celui du cédant. La même difficulté peut avoir lieu si la prestation due consiste dans une somme d'argent et que le paiement doit être réalisé par un virement. Il se peut en effet que les frais d'un tel virement soient beaucoup plus importants dans la banque du cessionnaire que dans celle du cédant. Pour cette raison, il est nécessaire de reconnaître expressément la règle selon laquelle la cession de créance ne peut modifier les conditions d'exécution pour le débiteur.

536. Cette règle doit néanmoins être interprétée avec une certaine souplesse afin de garantir une adéquate protection du débiteur sans entraver la réalisation de la cession. L'idée est donc d'admettre que dans les hypothèses dans lesquelles il est impossible de maintenir les conditions d'exécution ou de réalisation de la créance, le débiteur doit être indemnisé des coûts additionnels éventuels dont la cause réside dans le changement de créancier. Quelques remarques concernant la mise en œuvre de cette règle permettront de mieux saisir nos propos.

ii) Mise en œuvre

537. Parmi les différentes mesures susceptibles de garantir que le débiteur ne voit pas sa situation aggravée du fait de la cession, deux retiennent notre attention : en premier lieu, le remboursement des frais (α), en second lieu des moyens de nature processuelle (β).

α Remboursement des frais

538. Il est à noter que jusqu'à la récente réforme du droit des obligations, le droit français ne consacrait aucune disposition relative à l'obligation du cédant et du cessionnaire de rembourser le débiteur lorsqu'à cause de la cession il devait supporter des frais supplémentaires. Aujourd'hui, l'alinéa 2 du nouvel article 1324 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 consacre expressément cette obligation de remboursement. Plus encore, il est prévu que le débiteur n'ait pas à faire l'avance

de ces frais et qu'il incombe au cessionnaire, sauf clause contraire, de s'en charger¹⁵²⁵. Cette disposition est le fruit de l'influence du droit international¹⁵²⁶ et du droit européen¹⁵²⁷.

539. En ce qui concerne le droit colombien, il n'existe aucune disposition expresse à ce sujet, ni en droit commun ni en droit spécial. Cela n'est pas d'étonnant si l'on tient compte de l'idée reçue selon laquelle la cession est un acte neutre pour le débiteur. Est-ce à dire que le débiteur d'une créance doit supporter les éventuels frais supplémentaires engendrés par la cession ? Evidemment non.

Le débiteur peut se faire rembourser ces frais par le biais d'une action en responsabilité civile extracontractuelle, soit contre le cédant, soit contre le cessionnaire. En d'autres termes, à l'instar de ce qui est prévu à l'alinéa 2 du nouvel article 1324 du Code civil français, le cédant et le cessionnaire sont solidairement tenus des coûts supplémentaires supportés par le débiteur. Une telle action se fonde sur le principe général de responsabilité civile extracontractuelle posé à l'article 2341 du Code civil colombien. Quant à la solidarité, elle résulte de l'article 2344 qui dispose que « *si un délit ou une faute a été accompli par une ou plusieurs personnes, chacune sera solidairement responsable de tout préjudice causé par ce délit ou faute, sauf les exceptions des articles 2350 et 2355* »¹⁵²⁸.

¹⁵²⁵ Un auteur précise qu'il s'agit d'une application de l'article 1593 du Code civil mettant à la charge de l'acquéreur les frais d'actes et autres accessoires : B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats, op. cit.*, n° 1087, p. 272. Voir égal. Cass. civ. 1^e, 3 oct. 2000, n° 98-13915.

¹⁵²⁶ Par exemple, en ce qui concerne spécifiquement les créances monétaires et au titre du principe de non-aggravation de la situation du débiteur, l'article 9.1.8 des Principes d'UNIDROIT se prononce en faveur du remboursement des frais additionnels au profit du débiteur lorsque l'exécution de la créance entre les mains du cessionnaire est à l'origine de coûts supplémentaires : W. XIEGAND et C. ZELLWEGE-GUTKNECHT, « Cession », Principes d'UNIDROIT, nouvelles évolutions et applications, Supplément spécial 2005, *Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI*, p. 40. En outre, il est à souligner que la disposition précise que le débiteur peut demander le remboursement de tels frais, soit au cédant, soit au cessionnaire. Plus encore, les commentateurs signalent que dans le cas d'une obligation monétaire le débiteur sera souvent en situation de compenser sa créance de remboursement avec la créance objet de la cession. Les auteurs reconnaissent que le champ d'application d'une telle disposition semble être celui de la cession partielle, dans la mesure où le fait pour le débiteur de devoir s'exécuter plusieurs fois peut provoquer une augmentation de frais en sa défaveur. Cette interprétation est confortée par la lecture des commentaires qui accompagnent l'article 9.1.4. des Principes d'UNIDROIT concernant la cession partielle d'une créance de somme d'argent où l'auteur insiste sur le fait que si la charge pour le débiteur d'avoir à faire deux ou plusieurs paiements de sommes d'argent au lieu d'un seul paiement n'est pas réputé en soi même comme étant excessif, les coûts supplémentaires encourus par le débiteur du fait qu'il doit s'exécuter en plusieurs fois doivent être indemnisés conformément à l'article 9.1.8. Même si le principal champ d'application d'une telle disposition semble être celui de la cession partielle rien n'empêche pas de l'appliquer dans le cadre d'une cession totale si besoin était.

¹⁵²⁷ Les Principes du droit Européen du contrat prévoient aussi quelques dispositions concernant le remboursement de frais supplémentaires en faveur du débiteur. Selon l'article 11:103, le cédant est tenu des frais supplémentaires auxquels s'expose le débiteur dans l'hypothèse d'une cession partielle de la créance. Pour sa part, l'article 11:306, concernant le lieu d'exécution de la créance cédée, précise que lorsque l'obligation porte sur une obligation de somme d'argent le cessionnaire peut exiger le paiement dans n'importe quelle ville du même pays ou s'il s'agit d'un pays membre de l'Union européenne, en tout Etat appartenant à ladite Union, mais que dans tous les cas le cédant est tenu de rembourser le débiteur si, du fait d'un tel changement, il doit payer des frais supplémentaires. La disposition signale également qu'en cas d'une obligation autre que de somme d'argent, le cessionnaire ne peut pas demander l'exécution dans un autre lieu que celui accordé entre le débiteur et son créancier initial. Cependant, à la différence des Principes d'UNIDROIT, les frais supplémentaires encourus éventuellement par le débiteur sont à la charge du cédant, ce qui pourrait être moins favorable pour le débiteur de la créance cédée dans la mesure où il ne pourra pas se prévaloir de la compensation pour se faire rembourser ces frais supplémentaires.

¹⁵²⁸ Les articles 2350 et 2355 sont relatifs à la responsabilité du propriétaire d'un bâtiment en ruines et celle en cas d'une chose qui tombe du plus haut d'un bâtiment.

Le fait de reconnaître que le débiteur puisse agir, soit contre le cédant, soit contre le cessionnaire, garantit une meilleure protection du débiteur : celui-ci aura la possibilité non seulement de poursuivre le débiteur le plus solvable, mais aussi celle de compenser sa créance de remboursement, le cas échéant, avec celle du cessionnaire¹⁵²⁹.

Par ailleurs, le recours au principe général de responsabilité civile extracontractuelle pour permettre au débiteur de se faire rembourser les frais supplémentaires occasionnés par la cession, en l'absence de règle expresse en ce sens, doit conduire à reconnaître que même avant la récente réforme du droit des obligations en droit français, consacrant expressément le droit de remboursement, le débiteur n'était pas dépourvu de ce droit. Le principe général de responsabilité civile extracontractuelle prévu à l'article 1382 du Code civil français pourrait en effet être invoqué comme fondement du droit au remboursement. Certains doutes peuvent cependant être posés à propos du caractère solidaire de l'obligation de remboursement car, à la différence du droit colombien, le législateur français n'a pas consacré de règle générale reconnaissant la solidarité dans le domaine de la responsabilité civile extracontractuelle. Toutefois, une telle solidarité devrait être admise compte tenu des développements jurisprudentiels sur l'obligation *in solidum*¹⁵³⁰.

540. Outre le risque de devoir supporter des coûts supplémentaires à cause de la cession, le débiteur peut connaître des inconvénients particuliers, surtout d'ordre processuel¹⁵³¹, dans certains types spéciaux de cession. Il n'est donc pas anodin de consacrer certains moyens de protection de nature processuelle.

β Moyens processuels de protection

541. On sait que les principaux risques de nature processuelle encourus par le débiteur du fait de la cession sont plutôt propres à la cession partielle de créance et à la cession d'une créance litigieuse.

¹⁵²⁹ La possibilité de compensation en faveur du débiteur devrait être reconnue indépendamment de toute consécration légale sur le fondement du principe général du *favor debitoris*. Voir critiques contre cette disposition en ce sens que dans le domaine de la vente la charge de ces frais incombe à l'acquéreur : N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., art. 1326, p. 189 : « L'article est mal fagoté. Il semble inviter à distinguer l'obligation et la contribution à la dette. Pour lors, la cession étant une vente, l'article 1593 du code civil mettait déjà à la charge de l'acquéreur, du cessionnaire donc, « les frais d'acte et autres accessoires », à défaut de clause contraire (Civ. 1^{er}, 3 oct. 2000 : n° 98-13.915). L'innovation tient à la solidarité que pose l'article 1324, al. 3, entre le cédant et le cessionnaire à propos de ces frais ».

¹⁵³⁰ M. BACACHE – GIBEILI, *Traité de droit civil*, t. V, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, Christian Larroumet (dir.), 3^e éd., Economica, 2016, n° 541, p. 639 : « L'obligation *in solidum* est une notion d'origine prétorienne. Elle permet à la victime de réclamer à l'un quelconque des coauteurs d'un même dommage la réparation intégrale de ses préjudices. Chacun des coresponsables est obligé « au tout » sans pouvoir invoquer le fait causal de l'autre (...). Obligant chacun des coresponsables au « tout », l'institution n'est pas sans rappeler la solidarité entre codébiteurs à l'égard du créancier. La solidarité entre coresponsables est d'ailleurs dans certaines hypothèses expressément prévues par la loi ».

¹⁵³¹ V. *supra* n° 414 et s.

✓ *Dans le cadre d'une cession partielle*

542. En ce qui concerne la cession partielle, les principales difficultés qu'elle peut engendrer sont susceptibles de s'expliquer par le silence presque absolu du législateur à propos de son régime. La doctrine et la jurisprudence, tant en France qu'en Colombie, reconnaissent la validité de ce type de cession¹⁵³². Mais elles se limitent à déterminer le rapport entre le cessionnaire partiel et le cédant et, le cas échéant, le rapport entre les cessionnaires partiels d'une même créance¹⁵³³. En outre, aucune disposition d'ordre processuel n'est prévue afin de répondre aux éventuelles difficultés qu'une cession partielle peut occasionner au débiteur.

En revanche, on s'aperçoit que les instruments internationaux et européens s'intéressent de plus en plus à la protection du débiteur dans l'hypothèse d'une cession partielle. Par exemple, afin de pallier le risque de décisions contradictoires, l'une des propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie) consiste à accorder au juge la faculté de considérer, le cas échéant, que le cédant et le cessionnaire agissent en *litisconsortium* contre le débiteur ; autrement dit, qu'ils agissent conjointement¹⁵³⁴.

C'est précisément en raison du risque dénoncé que les commentateurs des Principes du droit européen du contrat n'hésitent pas à admettre la nécessité d'une protection du débiteur par le biais de la procédure applicable lorsque la cession partielle d'une créance peut l'exposer à des décisions contradictoires, même si les Principes ne prévoient eux-mêmes aucune règle spécifique en ce sens¹⁵³⁵.

De plus, on s'aperçoit que certaines législations consacrent la nécessité, en cas de cession partielle, que le cédant et le cessionnaire joignent leur action afin de ne pas contraindre le débiteur à présenter deux défenses. Il s'agit de ne pas porter atteinte aux droits du débiteur, ni rendre son obligation plus onéreuse¹⁵³⁶.

Le silence des législateurs français et colombien à ce sujet ne doit cependant pas être un obstacle à la protection du débiteur.

¹⁵³² La validité de la cession partielle est d'ailleurs reconnue expressément en droit français grâce à la récente réforme du droit des obligations par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 : voir le nouvel article 1321, alinéa 1^{er}. En ce qui concerne le droit colombien : H.-D. VELÁSQUEZ GÓMEZ, *Estudio sobre obligaciones*, *op. cit.*, n° 549, p. 1031 ; M. CASTRO DE CIFUENTES, « Transmisión de las obligaciones », art. préc., spéc. n° 7, p. 80. La jurisprudence se prononce également en faveur de ce type de cession : Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 24 février 1975, *GJ CLI*, n° 2392, 1^{re} partie, M.R.: José M. Esguerra Samper, p. 45.

¹⁵³³ V. *supra* n° 409 et s. et *infra* n° 631 et s.

¹⁵³⁴ Voir l'article 121 (2) de l'avant-projet de Code européen des contrats réalisé sous l'égide de l'Académie des privatistes européens.

¹⁵³⁵ Voir à ce propos les commentaires à l'article 11:103 concernant la cession partielle de créance : *Principes du droit européen du contrat*, version française préparée par G. Rouhette, avec le concours de I. De Lamberterie, D. Tallon et Cl. Witz, *op. cit.*, p. 457.

¹⁵³⁶ D. LUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 3174, p. 2001. Dans ce sens, voir l'article 1637, alinéa 2 du Code civil du Québec.

543. En droit français, par exemple, l'institution de l'intervention accessoire permettrait d'accorder au débiteur une protection contre le risque dénoncé. En effet, dans le cadre d'un procès engagé par l'un des cessionnaires partiels, le juge, s'il l'estime nécessaire, pourrait appeler l'autre ou les autres cessionnaires partiels, afin précisément de protéger le débiteur. On serait donc en présence d'une intervention forcée d'un tiers au procès. Il se pourrait aussi que l'un des cessionnaires partiels, qui estime que ses intérêts peuvent être affectés par la décision à intervenir, demande de son propre gré d'intervenir au procès déjà initié par autre cessionnaire. On serait alors en présence d'une intervention dite volontaire¹⁵³⁷. Dans tous les cas, il s'agit d'une intervention accessoire en ce sens que la participation de tous les cessionnaires partiels n'est pas nécessaire pour que le juge puisse statuer sur la demande initiale. En effet, chacun d'eux est titulaire d'un droit différent et en principe autonome sur la partie de la créance qui lui a été cédée.

544. Quant au droit colombien, la protection du débiteur dans l'hypothèse mentionnée pourrait être garantie à travers l'institution du *litis consortium* qui règle, d'une manière générale, la participation d'une pluralité de personnes à un procès. Il reste pourtant à déterminer le type de *litis consortium* qui permettrait de mieux répondre à la problématique décrite au regard de la diversité de *litisconsorcio* reconnue par le législateur colombien en fonction des différentes situations juridiques qui peuvent se présenter¹⁵³⁸.

Afin de répondre à une telle interrogation, il est nécessaire d'écarter purement et simplement la qualification de *litis consortium* nécessaire ou d'intervention nécessaire¹⁵³⁹. En effet, chacun des cessionnaires partiels bénéficie d'une relation juridique indépendante à l'égard du débiteur car l'objet de leur demande est différent. Par conséquent, ils ne sont pas obligés d'agir ensemble pour demander la réalisation de la prestation du débiteur. Il ne reste donc que deux options : soit le *litis consortium* quasi-nécessaire, soit le *litis consortium* facultatif. En ce qui concerne le *litis consortium* quasi-nécessaire, il doit être écarté. En effet, ce type de *litis consortium* se caractérise par le fait que malgré le

¹⁵³⁷ V. à propos de ces différentes interventions : L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 7^e éd., LexisNexis, 2011, n° 466 et s., p. 335 et s ; G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *Procédure civile*, 17^e éd., Sirey, 2014, n° 378 s, p. 388 s.

¹⁵³⁸ Voir à propos des différents types de *litis consortium* en droit colombien : Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sec. 3^e, 13 de mayo de 2004, Réf. : 50422 23 31 000 1994 0467 01 15321, M. R. : Ricardo Hoyos Duque ; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sec. 3^e, 22 juillet 1998, Ref. 5753, M.R. : José Fernando Ramirez Gomez : dans cette dernière décision, la Haute Cour affirme qu'on serait en présence d'un *litis consortium* nécessaire lorsque à la conclusion de l'acte ont concouru par exemple une pluralité des parties, ou lorsqu'il s'agit d'une seule relation juridique indivisible qui rend impossible de décider si on n'est pas en présence de toutes les personnes. : « C'est alors le *litis consortium* nécessaire ou obligatoire celui qui donne lieu à l'intégration du contradictoire selon les termes de l'art. 83 du Code de procédure civile. Il n'en va pas de même dans le cadre de l'intervention prévue par l'art. 52, alinéa 3. ibidem, appelée *litis consortium* quasi-nécessaire, étant donné qu'il s'agit là d'une intervention volontaire d'un tiers, ni dans le cas d'un cumul subjectif de prétentions (*litis consortium* facultatif) ».

¹⁵³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sec. 3^e, 13 de mayo de 2004, R.: 04222331000199404670115321, M. R.: Ricardo Hoyos Duque.

caractère non obligatoire de la participation d'une personne à un procès, la décision de justice produit néanmoins des effets à son égard. Dans le cas de la cession partielle, même si la participation de tous les cessionnaires partiels n'est pas nécessaire, la décision prise par le juge dans le procès impliquant l'un des cessionnaires partiels et le débiteur ne produit des effets qu'à l'égard du cessionnaire ayant engagé le procès, ce qui diffère des effets du *litis consortium* quasi-nécessaire. Ce dernier se caractérise précisément par le fait que malgré le caractère non obligatoire de la participation d'une personne à un procès, la décision de justice produit néanmoins des effets à son égard.

En conséquence, dans l'hypothèse analysée, le mécanisme qui permettrait de pallier les effets processuels négatifs pour le débiteur serait le *litis consortium* facultatif : si les cessionnaires partiels ne sont pas obligés d'initier ensemble le procès contre le débiteur, chacun d'entre eux peut l'assigner en justice de manière autonome et indépendante¹⁵⁴⁰, ils peuvent le faire, par exemple, pour des raisons d'économie processuelle ou de commodité. Cependant, comme sa dénomination l'indique, la constitution du *litis consortium* facultatif dépend de la volonté de chacune des personnes qui s'y rattache. Le principe est que le juge n'a pas la faculté d'en ordonner sa formation¹⁵⁴¹. Nous croyons cependant que le fait que le législateur ait prévu que la formation de ce type de *litis consortium* soit facultatif et, par conséquent, que le juge n'ait pas l'obligation d'ordonner sa constitution, ne signifie pour autant pas qu'il ne puisse pas le faire afin d'empêcher l'aggravation de la situation du débiteur du fait de la cession. Le principe du *favor debitoris*¹⁵⁴² pourrait servir de fondement à la possibilité pour le juge de demander, le cas échéant, l'intervention de chacun des cessionnaires partiels au procès initié par l'un d'entre eux.

545. Outre le risque processuel dénoncé du fait de la cession partielle d'une créance, nous avons eu l'occasion de signaler que la cession d'une créance litigieuse, appréhendée au sens restreint comme étant une créance objet d'un procès, peut entraîner un risque d'aggravation de la situation du débiteur. La consécration de moyens de protection dans cette hypothèse spéciale est donc nécessaire.

✓ *Dans le cadre d'une cession de créance litigieuse*

546. Le risque d'aggravation de la situation du débiteur dans le cadre de la cession d'une créance litigieuse peut se produire pour deux principales raisons : en premier lieu, le débiteur qui a

¹⁵⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 20 juin 2011, Exp. n° 05001-3103-005-2000-00177-01, M.R.: Ruth Marina Diaz Rueda

¹⁵⁴¹ Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de decisión, 12 novembre 2014, Ref. 05001333300720130015101, M.R.: Rafael D. Restrepo.

¹⁵⁴² Certains auteurs signalent que c'est le principe du *favor debitoris* qui explique la tendance des Empereurs romains à la promulgation de constitutions ayant pour finalité de protéger le débiteur dans le cadre de la cession de créance : M.-E. CAMACHO LOPEZ, *Cesión de créditos : del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, op. cit., p. 223.

obtenu gain de cause peut se trouver face à un cessionnaire insolvable ; en second lieu, le débiteur peut se trouver face à un cessionnaire puissant qui pourrait se servir de pratiques vexatoires à son encontre. La nécessité de protéger le débiteur contre ces deux risques a notamment débouché sur la consécration de deux mesures importantes. La première, propre au droit colombien, consiste dans la nécessité du consentement du débiteur pour que la « *succession processuelle* » puisse avoir lieu¹⁵⁴³. La seconde mesure, commune aux droits français et colombien, consiste dans le bénéfice du retrait litigieux en faveur du débiteur.

547. La nécessité du consentement du débiteur pour que le cessionnaire puisse occuper la place du cédant au sein du procès en cours s'explique par le besoin de protéger le débiteur contre les risques résultant du changement de l'une des parties au procès. Il s'agit de faire obstacle à ce que le débiteur, partie faible, se retrouve dans le cadre d'un procès confronté à un cessionnaire plus puissant, moins conciliant et, éventuellement, moins solvable que son créancier initial pour faire face aux condamnations liées à la perte du procès¹⁵⁴⁴. La jurisprudence colombienne invoque aussi le droit du débiteur à un procès équitable afin de justifier la nécessité de son consentement pour que la *succession processuelle* se réalise¹⁵⁴⁵. A notre connaissance, il n'existe pas en droit français de disposition similaire¹⁵⁴⁶.

548. Pour bien comprendre la portée de la nécessité du consentement du débiteur, il convient de préciser que le législateur colombien a bien distingué entre les effets substantiels et les effets processuels de la cession d'une créance litigieuse. Ainsi, à côté des règles prévues dans le Code civil relatives notamment à l'objet de la cession, la responsabilité du cédant et le bénéfice du retrait litigieux, il existe d'autres dispositions dans le Code général du procès concernant la *succession processuelle*. Il existe effectivement un rapport fondamental entre la cession d'une créance litigieuse et la *succession processuelle* -la seconde a lieu précisément en raison de la réalisation de la première- mais il s'agit de deux phénomènes à ne pas confondre.

¹⁵⁴³ Corte constitucional colombiana, Sentence T-148, 5 mars 2010, M.R.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub : « L'article 60 du Code de procédure civile a été interprété par la jurisprudence civile, par la jurisprudence contentieuse administrative et par la jurisprudence constitutionnelle dans le sens que la cession de droits ne donne pas automatiquement lieu à une succession processuelle. Pour que la succession processuelle ait lieu, est nécessaire le consentement de la partie contraire. En d'autres termes, la substitution du cédant par le cessionnaire dans le cadre de la *litis* requiert le consentement exprès de l'autre partie ».

¹⁵⁴⁴ V. *supra* n° 414.

¹⁵⁴⁵ Corte constitucional colombiana, Sentence T-148, 5 mars 2010, M.R. : Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, préc.

¹⁵⁴⁶ Cependant, certains arrêts anciens semblent reconnaître un tel risque c'est pourquoi il a été décidé que même si la règle est que le cessionnaire ayant notifié le transfert prene dans l'instance la place du cédant, celui-ci peut ne pas être mis hors de cause lorsqu'il il a lui-même commencé l'instance et que les intimés s'y refusent, à cause de la responsabilité des frais qui pèsent sur lui en tant que partie au procès : Bordeaux, 29 avr. 1829, aff. Laville (*Jur. gén. Dalloz*, t. XLIII, 1858, V° « Vente », n° 1820).

La cession d'une créance litigieuse, comme toute cession, est un contrat conclu entre un cédant et un cessionnaire dont la particularité réside dans l'objet, une créance litigieuse, alors que la *succession processuelle* désigne la substitution du cédant par le cessionnaire dans le cadre d'un procès, comme conséquence du contrat de cession de la créance litigieuse. La jurisprudence colombienne a pu éclairer cette distinction¹⁵⁴⁷.

En raison ces différences, on ne peut conclure que le consentement du débiteur soit nécessaire pour que la cession d'une créance litigieuse puisse avoir lieu ; un tel consentement n'est exigé qu'aux fins de la *succession processuelle*. En d'autres termes, si éventuellement, et à cause du refus du débiteur, le cessionnaire ne peut se substituer au cédant dans le procès relatif à la créance litigieuse cédée, il reste tout de même créancier légitime de la créance en raison de la cession valablement conclue avec le cédant. Est-ce à dire que le cessionnaire, qui ne peut pas se substituer au cédant dans le cadre du procès, reste dépourvu de protection ? Une réponse négative s'impose.

Dans l'hypothèse où le débiteur ne consent pas à la *succession processuelle*, la loi prévoit que le cessionnaire peut participer au procès à titre d'intervention accessoire¹⁵⁴⁸. L'idée est de lui permettre d'appuyer les prétentions du cédant afin d'empêcher que soit possiblement rendue une décision susceptible de lui causer un préjudice.

Il est intéressant de souligner que cette distinction entre effets substantiels et effets processuels de la cession d'une créance litigieuse existe au sein d'autres systèmes juridiques, qu'ils soient latino-américains¹⁵⁴⁹ ou européens¹⁵⁵⁰.

¹⁵⁴⁷ En ce qui concerne la jurisprudence constitutionnelle : Corte constitucional, Sentence C- 1045 de 2000, M. R. : Alvaro Tafur Galvis, spéc. 4.1: « *Ceux qui sont intervenus dans la présente action ont souligné, à juste titre, le caractère inapproprié des propos du demandeur en ce sens qu'il confond la cession des droits litigieux avec la succession processuelle, compte tenu du fait qu'il s'agit de deux institutions juridiques différentes, même si elles sont liées. D'ailleurs, il faut également préciser que lorsque l'une des parties cède le droit litigieux, il n'y a pas toujours lieu à la succession processuelle, hypothèse où le cessionnaire se substitue exceptionnellement au cédant. Ce qui se passe généralement, c'est que l'acquéreur intervient dans le procès à titre de « coadyuvante », cas dans lequel il n'a pas besoin de l'acceptation de l'autre partie (...). C'est ainsi que la cession de droits litigieux est un contrat ayant pour objet direct le résultat d'une litis (art. 1969 du Code civil). Il s'agit du transfert d'un droit incertain car l'une des parties au procès, demandeur ou défendeur, dispose du droit litigieux en faveur d'un tiers, une fois le procès établi. De la sorte, la cession de droits litigieux est une opération licite dans laquelle le cédant transfère un droit aléatoire et l'acquéreur acquiert l'issue du procès, sans que celui-ci puisse exiger de celui-là la responsabilité pour d'autre raison que l'existence du litige lui-même* ». Dans le même sens: Consejo de Estado colombiano, Sala de lo contencioso administrativo, Sec. 3^e, 6 août 2009, Ref. 17256, M. R.: Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁵⁴⁸ L'alinéa 3 de l'article 68 du Code général du procès colombien dispose expressément que « *L'acquéreur de la chose ou du droit litigieux, indépendamment du titre d'acquisition, pourra intervenir comme litisconsort de l'ancien titulaire. Il pourra également substituer celui-ci dans le procès pourvu que la partie contraire l'accepte expressément* ».

¹⁵⁴⁹ Le cas du droit argentin est assez révélateur. Une partie de la doctrine argentine souligne que la cession d'une créance litigieuse entraîne une transmission de la prétention qui ne doit pas être imposée au débiteur de la créance cédée : celui-ci peut avoir un intérêt légitime, en raison de la solvabilité ou de l'éventuelle responsabilité du cédant, à ne pas accepter la succession processuelle comme conséquence de la cession de la créance litigieuse : R.-H. COMPAGNUCCI DE CASO, *Cesión de créditos*, op. cit., n° 85, p. 101-102.

¹⁵⁵⁰ Le cas du droit allemand se révèle assez intéressant car il semble distinguer, à l'instar du droit colombien, entre les aspects substantiels et les aspects processuels de la cession d'une créance litigieuse. En effet, la cession d'une créance litigieuse est valable et efficace sans que le consentement du débiteur ait à intervenir, comme c'est le cas aussi dans les autres hypothèses de cession de créance. Cependant, une telle cession n'a aucune incidence sur le procès en cours. Le cédant demeure partie à celui-ci. Le but d'une telle disposition, comme il est mis en avant par un auteur, est de protéger le cédé contre les difficultés ou inconvénients d'un procès avec le cessionnaire. Comme en droit colombien, le cessionnaire ne peut intervenir dans la

549. Face au silence du législateur français, la question se pose de savoir à quel titre pourrait intervenir le cessionnaire dans le cadre d'un procès existant entre le cédant et le débiteur de la créance litigieuse cédée. La réponse devrait pouvoir être trouvée dans les règles générales relatives à la modification des éléments subjectifs de l'instance ou, plus largement, à l'intervention volontaire ou forcée prévues dans le Code de procédure civile français¹⁵⁵¹. Ainsi, nous considérons qu'en l'absence de consentement du débiteur et afin de lui garantir une protection adéquate, le cessionnaire ne pourra se substituer au cédant¹⁵⁵². Certains auteurs signalent que « *l'instance pendante continue d'être suivie par le cédant et le cessionnaire qui a acquis ses droits postérieurement à l'introduction de l'instance est réputé avoir été représenté au jugement* »¹⁵⁵³. Cependant, afin de ne pas porter atteinte de manière trop importante aux intérêts légitimes du cessionnaire, il conviendrait de lui reconnaître la possibilité de participer au procès à titre d'intervention volontaire et accessoire. En d'autres termes, il ne paraît pas souhaitable d'imposer au débiteur un changement d'adversaire au procès¹⁵⁵⁴.

550. Quant au bénéfice du retrait litigieux, il est reconnu en droit français comme en droit colombien¹⁵⁵⁵. La récente réforme du droit des obligations français l'a finalement maintenu au regard des nombreuses craintes exprimées du fait de son éventuelle disparition¹⁵⁵⁶. Le bénéfice du retrait

procédure qu'avec l'accord du débiteur de la créance cédée. Il s'agit là de la règle à appliquer sauf lorsque le cédant n'a pas capacité d'agir en justice : dans une telle hypothèse, le cessionnaire peut intervenir dans le procès sans l'accord du débiteur cédé et celui-ci n'a aucun moyen de se soustraire à l'action du cessionnaire : E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op. cit., n° 525, p. 321 : « *Si la créance est litigieuse, les règles de procédure allemandes compliquent singulièrement la situation du cessionnaire. Conformément au § 265 Abs. 1 ZPO, une créance peut être cédée si elle fait l'objet d'un litige. La cession n'a aucune influence sur le procès (§265 Abs. 2 ZPO) : le cédant demeure partie au procès. Cette disposition permet de protéger le cédé contre les inconvénients d'un procès avec le cessionnaire, et le § 407 Abs. 2 BGB reprend cette solution. Une nouvelle action en justice du cessionnaire n'est pas possible. Dans ce cas, le cédant a l'obligation d'exiger le paiement par le débiteur au cessionnaire, sauf si le cédant a reçu une autorisation de recouvrement du cessionnaire. Le cessionnaire ne peut intervenir dans la procédure qu'avec l'accord du débiteur cédé. La seule limite à cette disposition est que le cédant doit toujours avoir la capacité d'ester en justice. Si tel n'est pas le cas, le cessionnaire peut intervenir dans le procès sans l'accord du débiteur cédé.* »

¹⁵⁵¹ E. JEULAND, *Droit processuel général*, 2^e éd., Montchrestien, 2012, n° 419, p. 398 : « *L'intervention traduit procéduralement l'existence d'opérations juridiques à plusieurs personnes, c'est-à-dire des liens qui ne sont pas nécessairement en eux-mêmes litigieux mais qui sont touchés indirectement par le litige initial.* »

¹⁵⁵² Contra E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles des créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op. cit., n° 524, p. 320 : « *La question est controversée, en droit français, sur le fait de savoir si le cessionnaire d'une créance peut reprendre à son compte l'instance engagée par le cédant. D'une manière générale, les actions se transmettent entre vifs, avec la prérogative juridique dont elles assurent la sanction et le cessionnaire devient partie au procès. La solution préconisée en doctrine est de faire poursuivre l'instance par le cédant, tenu à garantir l'existence de la créance, le cessionnaire pouvant intervenir spontanément ou être appelé en cause.* »

¹⁵⁵³ Th. JACOB, *Cession de créance et opposabilité*, thèse préc., n° 644, p. 306 et s.

¹⁵⁵⁴ Un auteur classique français n'hésite pas à souligner que même si le cessionnaire peut poursuivre régulièrement et en son nom personnel l'instance engagée, cela ne signifie pas que le cédant devienne complètement étranger à l'instance, car le débiteur peut en effet avoir intérêt à ce que son créancier originaire y reste : Th. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. II, op. cit., n° 461, p. 160.

¹⁵⁵⁵ Voir les articles 1699 du Code civil français et 1971 du Code civil colombien.

¹⁵⁵⁶ Cette précision est faite dans le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations où il est signalé que le retrait litigieux figure toujours aux articles 1699 à 1701 relatifs au contrat de vente. Ce maintien est conforté par l'article 5 de l'ordonnance qui crée l'article 1701-1 du Code civil disposant que les articles relatifs au retrait sont toujours applicables à la

litigieux consiste dans la possibilité ou faculté pour le débiteur d'une créance litigieuse cédée de retirer ladite créance des mains du cessionnaire en lui remboursant le prix payé au cédant qui est, par hypothèse, toujours inférieur au prix nominal.

Plus précisément, le débiteur, en sa qualité de retrayant, se substitue purement et simplement au cessionnaire, en qualité de retrayé, et reprend l'opération à son compte en lui remboursant le prix réel de la cession, ainsi que les frais et les loyaux coûts, y compris avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession¹⁵⁵⁷.

D'aucuns se réfèrent au retrait litigieux comme une faculté reconnue au débiteur d'exproprier le cessionnaire de sa créance¹⁵⁵⁸ ; d'autres préfèrent l'appréhender comme une restriction au droit de disposer du cédant, ce qui se justifierait par la nature particulière de la créance. Ce pouvoir particulier conféré au cédé s'explique par le fait que, contrairement à la cession d'une chose pour laquelle « le propriétaire est seul maître de son bien », la cession de créance concerne un lien entre deux personnes, le créancier et le débiteur. Le droit de disposer ne saurait alors être aussi absolu que lorsqu'il porte sur une chose seule¹⁵⁵⁹. Cependant, si l'on tient compte de l'analyse dualiste de la cession que nous proposons, le retrait se comprend aisément comme un mécanisme permettant de protéger le débiteur, sujet passif du lien juridique modifié sans son consentement.

551. Avant d'analyser les différentes conditions, le champ d'application et les finalités du retrait litigieux tant en droit français qu'en droit colombien, quelques remarques s'imposent sur l'origine de l'institution. Rappelons que le retrait litigieux, comme de nombreuses institutions, trouve son origine en droit romain¹⁵⁶⁰. Plus précisément, d'après la doctrine majoritaire, un tel bénéfice aurait été reconnu par la constitution d'Anastase¹⁵⁶¹. Justinien aurait également contribué à sa consolidation en indiquant quelques précisions sur son régime, par exemple s'agissant des restrictions apportées à

cession de créance. Voir à propos des doutes qui ont existé autour de la possible disparition du « retrait litigieux » : A. DANIS-FATOME, « Un article manquant : le retrait litigieux ! », *RDC* 2015, p. 807 et s.

¹⁵⁵⁷ E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, *op. cit.*, n° 524, p. 320.

¹⁵⁵⁸ Th. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. II, *op. cit.*, n° 595, p. 292.

¹⁵⁵⁹ V. Y. STRICKLER, *Les biens*, 1^{re} éd., Puf, 2006, n° 263, p. 370-371.

¹⁵⁶⁰ La Cour suprême de justice colombienne reconnaît expressément l'influence du droit romain dans ce domaine : Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 3 novembre 1954, *GJ LXXXIX*, M.R. : Manuel Herrera Parra, n° 2149, p. 9-18 cité par M.-E. CAMACHO LOPEZ, *Cesión de créditos : del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, *op. cit.*, p. 274, note 837.

¹⁵⁶¹ C. 4. 35. 22, voir à ce propos : G. DOUBLET, « Etudes sur le retrait litigieux », *Revue pratique de droit français*, t. IX, 1860, p. 105-114, spéc. p. 111 : « *La première des lois que je veuille analyser est la célèbre constitution d'Anastase, appelée loi per diversas : ce sont, en effet, les premiers mots de cette constitution. De nombreuses plaintes sont venues jusqu'à l'empereur contre des spéculateurs qui se faisaient céder des actions, puis ensuite vexaient les plaideurs par leurs chicanes. Ce sont des déplorables inconvénients qu'il veut arrêter. Et, dès lors, il permet à ceux contre qui une pareille cession, aussi vexatoire, aussi entachée de trafic sur les procès, aura été obtenue, de se mettre à la place du cessionnaire, en lui remboursant ce qu'il a payé et les intérêts de ce prix. C'est-à-dire que le contrat subsistera, mais que le débiteur cédé pourra échapper aux inconvénients de la cession faite à son encontre par le retrait qu'il établit Anastase. C'est, en effet, la première trace du retrait litigieux que nous trouvons à Rome* ».

son exercice dans les hypothèses d'une cession à titre de donation, à titre de paiement ou encore dans l'hypothèse de cohéritiers obligés de procéder à une cession d'actions¹⁵⁶².

552. En ce qui concerne les conditions du retrait, la première est la présence d'une créance litigieuse au sens des articles 1700 du Code civil français et 1969 du Code civil colombien. Cette remarque est importante puisque, comme on le sait, nos législateurs civils accordent une définition particulière à la créance litigieuse aux fins de l'exercice du retrait¹⁵⁶³.

Ainsi, conformément à l'article 1700 du Code civil français, pour qu'une créance puisse être considérée comme litigieuse, il doit exister un procès et une contestation sur le fond du droit¹⁵⁶⁴. Cette contestation peut porter sur l'existence ou le *quantum* de la créance litigieuse¹⁵⁶⁵. En revanche, suivant l'alinéa 2 de l'article 1969 du Code civil colombien, la notification de la demande suffit pour considérer que l'on est en présence d'un droit litigieux ouvrant la possibilité au débiteur d'exercer un retrait litigieux. Il n'est donc pas nécessaire, comme c'est le cas en droit français, qu'il y ait une quelconque contestation sur le fond du droit¹⁵⁶⁶. La doctrine majoritaire¹⁵⁶⁷ et la jurisprudence¹⁵⁶⁸ s'accordent sur cet aspect.

La seconde condition concerne le délai durant lequel le débiteur peut faire usage du bénéfice de retrait. Même si le législateur français a gardé le silence sur ce point, la doctrine et la jurisprudence considèrent que le droit n'est plus litigieux lorsqu'il a été statué au fond sur la contestation par un arrêt n'ayant pas fait l'objet d'un pourvoi en cassation¹⁵⁶⁹. Quant au droit colombien, le législateur a expressément consacré à l'article 1972 du Code civil l'impossibilité pour le débiteur d'opposer au cessionnaire le bénéfice du retrait neuf jours après la notification de la décision

¹⁵⁶² G. DOUBLET, *ibidem*.

¹⁵⁶³ Il s'agit donc de la vision restreinte selon laquelle il faut constater l'existence d'un procès : v. *supra* n°414.

¹⁵⁶⁴ En ce sens : Cass. com., 12 juillet 2011, n° 10-15934, inédit ; RTD civ. 2012, 369, note Ph. Theyry : « Sans entrer dans les détails d'un commentaire qui relèverait d'une chronique de droit des obligations ou des contrats spéciaux, on rappellera que le retrait n'est possible que si on se trouve en présence d'un droit litigieux, c'est-à-dire contesté où moment où le droit de retrait est invoqué et qu'il n'est ouvert qu'au défendeur à la procédure. Que la cession ait eu lieu avant que le procès soit engagé ou après qu'il est terminé ».

¹⁵⁶⁵ Cass. com. 19 juin 2012, n° 11-11210, JCP G, n° 47, 19 nov. 2012, note Y.-M. Serinet qui précise : « Désormais, la cour régulatrice se montre plus stricte en exigeant, au moins implicitement, que la contestation porte sur l'existence ou le quantum de la créance litigieuse, qu'on envisage dès lors plus à travers son objet que pour le lien obligatoire qu'elle fait naître ».

¹⁵⁶⁶ Cette analyse semble confortée par la lecture des travaux préparatoires du Code civil chilien. En effet, bien que la règle initiale fût rédigée de la même façon que la disposition du Code civil français, elle a été modifiée dans la version finale ce qui serait le signe d'une orientation différente par le législateur chilien : F. VELEZ, *Estudio sobre el Derecho civil colombiano*, t. VII, 2^e ed., Imprenta Paris-América, p. 351 -352. Voir à propos des antécédentes de la cession d'une créance litigieuse : D. SAMPAYO-NOGUERA, *El derecho de retracto por causa de la cesión litigiosa*, Monografía, Universidad Javeriana, 199, p. 33.

¹⁵⁶⁷ J. CUBIDES CAMACHO, *Obligaciones, op. cit.*, p. 410.

¹⁵⁶⁸ Corte constitucional, Sentence C-1045del 2000, Réf.: D-2776, M. R.: Alvaro Tafur G.; Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sec. 3^e, 7 février 2007, Réf.: 25000-23-26-000-1999-00330-01 (23287) M. R.: Alier E. Hernandez.

¹⁵⁶⁹ Cass. com.21 octobre 1963 (Bull. civ. III, n° 424) : « La faculté de **retrait** prévue [par l'article 1699 C. civ.] ne peut être exercée qu'autant que les droits cédés sont encore **litigieux** » (auparavant, V. Alger, 8 juin 1863, DP 1863. 2. 141. - Req. 6 janv. 1879, DP 1879. 1. 304 [sol. impl.]. - Com. 3 janv. 1963, Bull. civ., n° 5).

qui ordonne d'exécuter la sentence. Le législateur colombien se montre donc plus favorable au bénéficiaire de retrait puisqu'il accorde au débiteur un délai plus long pour l'exercer.

553. En ce qui concerne le domaine d'application, la possibilité de retrait est exclue dans certaines hypothèses particulières en droit français comme en droit colombien. En effet, nos législateurs civils ont prévu que le débiteur ne puisse mettre en œuvre le retrait en cas de cessions à titre gratuit ou de cessions réalisées par un débiteur à son créancier à titre de paiement. Il en est de même des cessions faites à un cohéritier ou à un copropriétaire du droit cédé, ou lorsqu'elle a été faite au possesseur de l'héritage sujet du droit litigieux. Il convient en outre de préciser que si le retrait litigieux est restreint à la cession à titre onéreux, encore faut-il que cette dernière ait été conclue moyennant un prix. Cette exigence s'explique aisément si l'on considère que l'exercice du retrait litigieux est subordonné au remboursement du prix réel de la cession¹⁵⁷⁰. Outre ces hypothèses communes, le législateur colombien a expressément exclu la possibilité du retrait litigieux pour les cessions réalisées par le ministère de la justice et celles qui y sont accessoires.

554. Ayant présenté les principales caractéristiques et conditions de l'exercice du retrait litigieux, il convient à présent de se pencher sur les finalités de cette institution. Un nombre important d'auteurs signalent que le but principal de celle-ci est de lutter contre la spéculation¹⁵⁷¹. Sans remettre en question cette finalité, d'autres affirment que le retrait litigieux cherche principalement à garantir la bonne administration de la justice en permettant de mettre fin à une procédure par le biais de la disparition anticipée de l'objet du litige¹⁵⁷². A côté de ces deux finalités, certains auteurs n'hésitent pas à souligner que le retrait litigieux a pour objet de protéger le débiteur¹⁵⁷³ : en lui donnant l'occasion de

¹⁵⁷⁰ J.-A. BONIVENTO FÉRNANDEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, op. cit., n° 196, p. 386 ; F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, I, *Concepto, estructura, vicisitudes*, op. cit., n° 358, p. 455-456 ; C.GÓMEZ ESTRADA, *De los principales contratos civiles*, op. cit., n° 157, p. 190-191.

¹⁵⁷¹ V. notamment en droit français : F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Cours de droit civil, Obligations, Régime*, op. cit., n° 142, p. 260 ; V. En droit colombien : Corte suprema de Justicia, Sala de Casación civil, 3 novembre 1954, *GJ LXXIX*, M.R. : Manuel Barrera Parra, p. 14.

¹⁵⁷² En faveur d'une telle analyse en droit français : E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op. cit., n° 524, p. 320 ; F. POLLAUD-DULIAN, « Le prix du retrait litigieux dans les cessions globales de créances », *D.* 2012, n° 13, p. 836 : « En pratique, la technique du retrait litigieux a plutôt le vent en poupe et notamment mais pas seulement en raison du développement des fonds (...). Et cette utilité est moins de décourager que de fournir, à côté de la transaction, un autre moyen de mettre fin au litige » ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique du droit civil*, t. IV, *De la vente et de l'échange*, op. cit., n° 951, p. 959 : « Le retrait litigieux est simplement un moyen de libération accordé par la loi à celui contre qui un droit litigieux avait été cédé. Moyennant les remboursements fixés par l'art. 1699, celui-ci se fait tenir quitte de la prétention contre laquelle il luttait ». En droit colombien : C.GÓMEZ ESTRADA, *De los principales contratos civiles*, op. cit., p. 175. Il convient de relever qu'il s'agit de la thèse majoritaire au sein d'autres systèmes juridiques tels que le droit espagnol où un nombre important d'auteurs signalent que le retrait litigieux a pour finalité de garantir une bonne administration de la justice.

¹⁵⁷³ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, op.cit., n° 359, p. 354 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op.cit., n° 856, p. 733.

s'acquitter au meilleur compte, sans léser ni le cessionnaire, totalement indemnisé, ni le cédant, qui a accepté d'abandonner sa créance au prix convenu, le législateur permet au débiteur d'échapper à d'éventuelles pratiques vexatoires du cessionnaire, ou plus simplement à la dureté ou l'avidité de celui-ci¹⁵⁷⁴.

555. De notre point de vue, l'une des principales finalités du retrait litigieux est la protection du débiteur. Le fait qu'à l'origine un tel bénéfice ait été admis en toute hypothèse, même en dehors du cadre de la cession d'une créance litigieuse¹⁵⁷⁵, constitue un argument important en faveur de cette position. En outre, l'admission par la jurisprudence de l'exercice du retrait litigieux indépendamment de l'existence d'une intention spéculative corrobore ce postulat¹⁵⁷⁶. Enfin, c'est parce que le retrait litigieux cherche à protéger le débiteur que, dans le cas d'un conflit d'application de loi, plus précisément, lorsque le retrait est reconnu par la loi du contrat ou de l'acte juridique source de la créance mais qu'il ne l'est pas par la loi de réalisation de la créance ou la *lex fori* par exemple, la tendance est à la reconnaissance d'un tel bénéfice en application de la loi de la créance cédée¹⁵⁷⁷. C'est pourquoi certains auteurs n'hésitent pas à affirmer qu'il s'agit de privilégier une approche substantielle du retrait, plutôt qu'une approche processuelle¹⁵⁷⁸.

¹⁵⁷⁴ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 422, p. 156 ; D. PARDOEL, *Les conflits des lois en matière de cession de créance, op. cit.*, n° 523, p. 264 : « En effet, il est aussi fréquent de présenter le retrait litigieux comme une institution ayant pour fonction la protection du débiteur cédé. Le débiteur cédé risquerait de se retrouver face à un cessionnaire dont l'apreté et la diligence seraient décuplées par l'espoir de gains importants. Certes, le retrait litigieux s'explique par la volonté de décourager les spéculations sur les procès. Mais, l'exercice du retrait dépend de la volonté du débiteur cédé (...). Pour conclure sur le fondement du retrait litigieux, on retiendra que le souci d'une bonne administration de la justice ne permet pas à lui seul d'expliquer le mécanisme du retrait et que la protection du débiteur est au moins aussi importante si ce n'est plus » ; Ch. SAUVAT, « Le retrait litigieux dans la jurisprudence actuelle », *RRJ* 2007, vol. 2, p. 671 s, spéc. n° 4, p. 672.

¹⁵⁷⁵ Ch. SAUVAT, « Le retrait litigieux dans la jurisprudence actuelle », *ibidem.*, n° 2, p. 671 : « Le retrait litigieux trouve ses racines dans le droit romain du Bas-Empire et, plus précisément, dans la *lex anastasio* de 506 qui donnait le pouvoir à tout débiteur cédé de racheter au cessionnaire la créance cédée par le créancier initial, lui permettant ainsi de se libérer de sa dette en remboursant le prix convenu dans la cession plutôt que la valeur initiale de cette créance » ; Th. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. II, *op. cit.*, n° 598, p. 294-295.

¹⁵⁷⁶ Cass. com. 15 janvier 2013, n° 11-27.298, *Bull. civ.* IV, n° 3 ; *D. Actualité*, 2013, note X. Delpech. Cependant, une lecture attentive de la position de certains auteurs colombiens laisserait comprendre que le bénéfice de retrait litigieux n'aurait lieu qu'en cas du constat d'un but spéculatif : A. PEREZ-VIVEZ, *Teoría general de las obligaciones*, vol. III, part. 2, *op. cit.*, n° 489, p. 313 : « Compte tenu du fait que le retrait est une mesure contre la spéculation, lorsque la cession ait une cause justificative, qui écarte toute possibilité d'illicite, il n'y a pas lieu de faire opérer un tel bénéfice ».

¹⁵⁷⁷ D. PARDOEL, *Les conflits de lois en matière de cession de créance, op. cit.*, n° 520, p. 262 : « On pourrait être tenté de soumettre la possibilité du retrait litigieux à la loi applicable au contrat de cession. Cependant, il serait tout à fait possible au cédant et au cessionnaire d'éviter l'exercice du retrait litigieux en choisissant, pour régir leur contrat, une loi ignorant cette institution (...). Par conséquent, il convient d'exclure le retrait litigieux du domaine de la loi du contrat de cession ».

¹⁵⁷⁸ M. REQUEJO ISIDRO, *La cesión de créditos en el comercio internacional, op. cit.*, n° 139, p. 145 : « L'opinion sur la loi applicable au retrait litigieux n'est pas non plus uniforme (...) Parmi les auteurs, on peut trouver quelques partisans d'une qualification substantielle alors que d'autres préfèrent une qualification processuelle. Cependant, le critère décisif est celui de la finalité dominante appréciée par la faculté accordée au débiteur (sa protection, ou celle plus générale d'une bonne administration de la justice » ; F. POLLAUD-DULIAN, « Le prix du retrait litigieux dans les cessions globales de créances », *art. préc.*, *spéc.* n° 13, p. 834 s : « Toutefois, il faut bien reconnaître que cette institution, régie par le Code civil, concerne essentiellement le fond du droit ».

556. Ce dessein de protection du débiteur explique également le penchant à admettre le retrait litigieux même dans le cadre de cessions globales¹⁵⁷⁹. Le fait que ce type de cession se caractérise par la fixation d'un prix global, sans détermination d'un prix unitaire pour chacune des créances, aurait pu constituer un obstacle à la reconnaissance du retrait -il s'agit d'ailleurs de la position défendue par une partie de la doctrine¹⁵⁸⁰ et retenue par la chambre commerciale de la Cour de cassation¹⁵⁸¹-. Cependant, cet argument consistant dans la difficulté, voire l'impossibilité, d'individualiser le prix n'emporte pas notre conviction. En faveur de la reconnaissance du retrait, on peut souligner qu'il n'est pas nécessaire que le prix de cession soit déterminé ; il suffit qu'il soit déterminable. Comme une partie de la doctrine l'affirme¹⁵⁸² et tel que la Haute juridiction judiciaire le comprend aujourd'hui¹⁵⁸³, le prix réel devrait pouvoir être calculé par ventilation.

557. Les bienfaits du retrait litigieux sont indéniables¹⁵⁸⁴. Il s'agit d'un mécanisme qui cherche non seulement à assurer l'efficacité de l'administration de justice et à lutter contre la

¹⁵⁷⁹ Cass. com. 28 juin 2016, n° 14- 15347, inédit : *LPA*, 31 mai 2017, n° 108, p. 7, obs. V. Forti ; Cass. com. 6 décembre 2011, n° 10-17879, inédit ; Cass. com. 7 avril 2009, n° 08-11730, inédit ; Cass. civ. 1^e, 12 juill. 2005, n° 02- 12451, *Bull. civ. I*, n° 319, *D.* 2005, p. 2242 ; *RTD civ.* 2005, p. 793, obs. P.-Y. Gautier ; Cass. civ. 1^e, 4 juin 2007, n° 06-16746 : *JCP E*, 2007, 2580, obs.P. Markhoff.

¹⁵⁸⁰ V. FORTI, « L'exercice du retrait litigieux à l'égard de la cession à un fonds commun de créances », *D.* 2008, 1732, spéc. 14 : « *De ce fait, la portée de la présente décision sera fortement limitée par le principe prétorien susmentionné. Le cas échéant, tout en imaginant qu'on admette que le prix puisse être calculé statistiquement, proportionnellement au prix global de la cession, et non individuellement, la logique de l'opération de titrisation en ressortirait trahie. En effet, le coût réel de chaque créance n'est pas simplement fonction de la valeur du portefeuille cédé mais également du coût du montage entier.* ». Il est intéressant de noter que depuis 1880 la Cour de cassation reconnaît la méthode de la « ventilation » afin de permettre l'exercice du retrait litigieux dans les cessions en bloc : Cass. req., 30 juin 1880, *DP* 1881. I. 52 ; S. 1881.I. 59 : « *Un créancier en comprenant une créance litigieuse dans une cession en bloc d'un très grand nombre de droits et créances, ne saurait détruire ou même paralyser le droit qu'un débiteur tient de la loi ; dans certains cas prévus par elle, d'exercer le retrait litigieux ; l'arrêt attaqué, sans violer aucun des articles précités, a pu valider, en les déclarant suffisantes et libératoires, les offres faites par les défendeurs éventuels et apprécier, à la suite d'une ventilation, que le prix offert représente le prix réel de la cession et légitimes accessoires.* ». Voir également : Cass. Com., 31 janvier 2012, n° 10-20972, *Bull. civ. IV*, n° 14 ; *RDC* 2012. 838, spéc. 841, obs. R. Libchaber.

¹⁵⁸¹ Cass. com. 22 mars 2011, n° 09-17118, inédit. Dans cet arrêt la Cour affirme que « *l'acte de cession stipule que le prix de cession est un prix global calculé de manière statistique qui ne représente en rien le prix alloué à chaque créance contentieuse, sachant que certaines de celles-ci ont une valeur nulle et d'autres une valeur proche de leur valeur faciale avec toutes situations intermédiaires, l'arrêt retient, dans l'exercice de son appréciation souveraine, qu'il résulte de ces éléments que le prix réel de la cession de créance litigieuse n'est pas déterminable et qu'il serait impossible à la société Mirom de justifier de son prix de cession.* ». Voir égal. Cass. com. 18 sep. 2007, n° 06-16617, inédit.

¹⁵⁸² F. POLLAUD-DULIAN, « Le prix du retrait litigieux dans les cessions globales de créances », art. préc., p. 838 : « *Il n'est pas permis de s'arrêter au caractère global de la cession et de son prix pour refuser le retrait : le prix réel se calculera par ventilation si le cessionnaire ne veut pas ou ne peut pas indiquer le prix de la créance litigieuse.* ».

¹⁵⁸³ En effet, la Cour de cassation tient à préciser que le cessionnaire doit justifier le prix auquel il a racheté la créance afin de permettre au débiteur de proposer le remboursement de ce rachat dans le cadre du retrait litigieux. Voir par exemple : Cass. com. 12 juillet 2005, n° 02-12451. Depuis la jurisprudence a tenu à ratifier cette décision dans le cadre de la cession de créance réalisée à un fond commun de créances (Cass. com. 15 avril 2008, n° 03-15969), et celle d'une cession en bloc de créances en précisant que cela est possible pourvu que le prix soit déterminable (Cass. com. 31 janvier 2012. *D.* 2012. 498, obs.X. Delpech). Voir également : Cass. com. 6 déc. 2011, n° 10-17879, inédit, où la Cour a souligné : « *Mais attendu qu'après avoir énoncé exactement que la circonstance que la cession des créances litigieuses se réalise au profit d'un fonds commun de créances, aux conditions prévues par la loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988, alors applicable, ultérieurement codifiées aux articles L. 214-43 et suivants du code monétaire et financier, ne fait pas obstacle à l'exercice du droit de retrait litigieux prévu à l'article 1699 du code civil, et retenu, par des motifs non critiqués, que la cession portait sur une créance litigieuse moyennant un prix individualisé, la cour d'appel a, à bon droit, admis l'exercice du retrait litigieux.* ». Plus récemment, à propos de certaines conditions générales relatives à l'exercice du retrait litigieux : Cass. com. 15 janvier 2013, n° 11-27298, *Bull. civ. IV*, n° 3.

¹⁵⁸⁴ Voir en ce sens les commentaires de certains auteurs au projet d'ordonnance qui était ambigu quant au maintien du bénéfice du retrait litigieux : A. DANIS-FATOME, « Le retrait litigieux, un article manquant », *RDC*, Septembre 2015, n°3, p. 808 : « (...) Car la suppression du retrait litigieux présenterait au moins deux inconvénients : priver le débiteur cédé de la faculté de négocier avec son créancier et faire durer un procès. Les cessions de droits litigieux imposent, en effet, au débiteur un changement de créancier. C'est certes

spéculation, mais qui tend également à la protection du débiteur. Cette finalité de protection du débiteur qui subit la modification unilatérale du lien d'obligation, devrait suffire pour admettre le retrait dans le cas des cessions globales. Décider que l'absence d'un prix déterminé constitue un obstacle à l'exercice du retrait serait accorder aux parties à la cession la possibilité de paralyser le droit de retrait en raison des modalités choisies pour le calcul du prix de l'opération¹⁵⁸⁵.

558. Pour achever notre étude sur la portée du principe de non-aggravation du débiteur du fait de la cession, il convient d'exposer quelques remarques sur le refus de création d'obligations et de charges supplémentaires contre le débiteur.

d) Refus de la création d'obligations et de charges supplémentaires contre le débiteur

559. On sait qu'il existe un débat important en droit français à propos de la pertinence ou non de la consécration d'une obligation d'information à la charge du débiteur et en faveur du cessionnaire¹⁵⁸⁶. On sait également que même si la jurisprudence s'est montrée, à une époque, favorable à cette obligation, elle l'a finalement abandonnée. Cet abandon mérite d'être salué, car il existe plusieurs obstacles¹⁵⁸⁷ à une consécration d'une obligation d'information à la charge du débiteur¹⁵⁸⁸. Certains sont d'ordre théorique, d'autres d'ordre pratique.

560. S'agissant des obstacles d'ordre théorique, la principale question concerne le fondement d'une telle obligation. En premier lieu, l'argument selon lequel l'obligation d'information serait la conséquence logique de la règle de l'opposabilité des exceptions¹⁵⁸⁹ est critiquable. Si le débiteur garde la possibilité d'opposer au cessionnaire les mêmes exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant si la cession n'avait pas eu lieu, la raison en est qu'il est important de garantir que sa situation

le cas dans toute cession de créance, mais ici la conséquence est plus lourde puisque le débiteur ne peut plus chercher un terrain d'entente avec son créancier. En outre, supprimer la faculté que lui donne le retrait litigieux d'éteindre un procès à bon compte est un choix regrettable, car parmi la multitude des intérêts en jeu, celui du désengorgement des tribunaux n'est pas négligeable ».

¹⁵⁸⁵ F. POLLAUD-DULIAN, « Le prix du retrait litigieux dans les cessions globales de créances », art. préc., p. 838. D'autres auteurs se montrent favorables à l'extension du retrait litigieux au domaine de la titrisation par exemple, afin de lutter contre certaines dérives de cet instrument : D. LEGEAIS, « Retrait litigieux. Possibilité d'exercer le retrait litigieux alors même que la cession se réalise au profit d'un fonds commun de créances », *RTD com.* p. 606.

¹⁵⁸⁶ V. *supra* n° 417 et s.

¹⁵⁸⁷ D. PHILIPPE, « La connaissance du contrat par les tiers et ses effets », *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco-belges*, M. Fontaine et J. Ghestin (dir.), LGDJ, 1992, n° 7, p. 157 : « Le débiteur n'est pas obligé de vérifier si des rumeurs relatives à une cession sont ou non fondées. C'est donc par la preuve de la connaissance non assortie d'une obligation de s'informer que se réalise en quelque sorte l'opposabilité de la cession au débiteur ».

¹⁵⁸⁸ Voir en ce sens, même si certains auteurs tiennent à préciser que le débiteur pourrait être tenu d'une telle obligation dans l'hypothèse où il a commencé, de sa propre initiative, à communiquer au cessionnaire de telles informations : S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *Droit bancaire*, Economica, 2011, n° 526, p. 528, note 2. Voir en ce sens : Cass. com., 17 mars 2004, *LPA*, 2004, n° 252, p. 18 et s., note Tchotourian ; Cass. com. 24 mars 1992, *Banque*, 1993 87, obs. J.-L. Rives-Lange ; Cass. com., 29 nov. 1994, *Bull. civ.* IV, n° 352 ; Cass. com. 13 fév. 1996, *JCP* 1996 II, 22725, note Routier

¹⁵⁸⁹ V. *supra* n° 349

ne sera pas aggravée du fait de la modification unilatérale de l'obligation. Il n'est donc pas exact de voir dans l'admission de l'opposabilité des exceptions un simple service rendu au débiteur.

L'argument tiré de la loyauté dans les affaires¹⁵⁹⁰ ne nous semble pas plus justifié. Comme un auteur l'a bien souligné, l'admission d'une obligation d'information engendrerait une charge lourde de conséquences pour le débiteur. Celui-ci serait obligé de procéder, sous peine d'engager sa responsabilité, à une véritable analyse juridique de chaque dossier concerné, puis à assurer le suivi de cette information¹⁵⁹¹. En d'autres termes, rien ne justifie qu'outre le fait de devoir supporter les opérations portant sur la créance en tant que sujet passif de l'obligation, le débiteur doive aussi se voir imposer des obligations nouvelles du seul fait que son créancier transfère le droit qu'il détient à son encontre¹⁵⁹².

Enfin, le fait qu'une telle obligation existe en matière de saisie-attribution de créance ne suffit pas à conclure à sa transposition purement et simplement en matière de cession de créance. Si l'obligation d'information peut être justifiée en matière de saisie-attribution, c'est sans doute en raison de la nature juridique particulière de cette procédure. À la différence de la cession de créance, la saisie-attribution n'opère pas un transfert volontaire de créance. Un auteur a ainsi pu refuser le caractère d'acte translatif à la saisie-attribution. De son point de vue, ce mécanisme ne serait qu'une sorte de droit exclusif au paiement¹⁵⁹³.

Sans prétendre prendre parti dans ce débat, nous considérons que même en admettant le caractère translatif de la saisie-attribution, le fait que celle-ci ne soit pas le résultat d'un acte de volonté de la part du créancier empêche de transposer purement et simplement les dispositions que le législateur a prévues pour l'encadrer à une opération de transfert volontaire comme la cession de créance. Ainsi, il est permis de penser que c'est le caractère forcé de la saisie-attribution ayant pour finalité la sauvegarde d'un intérêt supérieur, celui du gage général des créanciers, qui pourrait justifier l'obligation d'information à la charge du tiers saisi. Dans le cas de la cession de créance, en revanche, on est en présence d'un acte de disposition volontaire de créance, ce qui ne permet pas nécessairement d'aboutir à la même conclusion. En outre, dans le cas de la saisie-attribution, on est toujours en présence d'un huissier de justice alors qu'il n'en est pas de même en matière de cession de créance.

¹⁵⁹⁰ V. *supra* n° 349.

¹⁵⁹¹ R. BONHOMME, *Instruments de crédit et de paiement*, *op. cit.*, n° 268, p. 210 : «Malgré quelques tentatives inopportunes, mais encore récentes, des juges du fond qui invoquaient la loyauté dans les affaires, la Chambre commerciale, après une hésitation, a fort heureusement refusé d'imposer au cédé un tel devoir ; en effet, le seul principe res inter alios acta doit interdire de faire peser sur les tiers à la cession que sont les débiteurs cédés, une obligation positive aussi lourde qui les contraindrait, en fait, sous peine d'engager leur responsabilité, à procéder, lorsqu'ils reçoivent notification, à une véritable analyse juridique de chaque dossier concerné, puis à assurer le suivi de cette information. Le cessionnaire qui bénéficie de la souplesse de ce mode de transfert, doit s'accommoder des risques qui en sont le corollaire ».

¹⁵⁹² M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, *op. cit.*, n° 37, p. 31.

¹⁵⁹³ M. JULIENNE, *ibidem*, n° 168, p. 117.

Or, il est différent d'être tenu d'une obligation d'information envers un huissier de justice que de l'être envers un tiers quelconque¹⁵⁹⁴.

561. En ce qui concerne les difficultés d'ordre pratique, il est possible d'en mentionner au moins deux : la première concerne la détermination du contenu d'une telle obligation ; la seconde est relative à l'éventuelle sanction de sa violation¹⁵⁹⁵. S'agissant du contenu de l'obligation, il s'agit de déterminer si elle consiste dans la seule affirmation de l'existence de la créance ou si, en revanche, le débiteur est aussi tenu d'informer le cessionnaire des exceptions qu'il pourrait faire valoir. De plus, il conviendrait de se demander si le débiteur doit informer ou non à propos des différentes opérations réalisées sur la créance.

Si l'étendue d'une telle obligation s'avère difficile à déterminer, c'est parce que le débiteur peut ne pas savoir avec exactitude l'état des exceptions qu'il pourrait faire valoir. En outre, l'efficacité d'une telle mesure serait remise en question du fait de l'existence d'opérations sur les créances qui ne requièrent pas d'être portées à la connaissance du débiteur pour qu'elles soient opposables aux tiers¹⁵⁹⁶. A propos de la sanction, il paraît difficile de décider si la violation de l'obligation d'information devrait entraîner, pour le débiteur, la charge de payer le montant de la créance cédée par le cédant au cessionnaire ou si, en revanche, une telle sanction ne consisterait que dans le paiement de dommages et intérêts par exemple.

562. C'est ainsi que l'obligation d'information à la charge du débiteur doit être écartée, sauf comportement frauduleux de la part de celui-ci¹⁵⁹⁷. A cet égard, il est intéressant de noter que malgré une tentative de consécration légale de cette obligation¹⁵⁹⁸, elle a finalement été abandonnée en raison précisément des difficultés de sa mise en œuvre¹⁵⁹⁹. En outre, si le législateur avait été favorable à l'admission d'une telle obligation à la charge du débiteur, la récente réforme du droit des obligations aurait été l'occasion idéale pour l'instaurer. Cependant, aucune disposition ne prévoit une quelconque

¹⁵⁹⁴ *Ibid.*, n° 38, p. 31 et s.

¹⁵⁹⁵ Pour une décision récente : Cass. com. 4 mars 2008, n° 06-19725, inédit : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la notification prévue à l'article L. 313-28 du Code monétaire et financier n'entraîne pas, à la charge du débiteur cédé une obligation d'information, au profit du cessionnaire, sur l'existence et la valeur des créances cédées, et alors qu'il n'a été constaté aucun comportement frauduleux de la société Questel au préjudice de la banque, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

¹⁵⁹⁶ M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, *op. cit.*, n° 39, p. 32 et s.

¹⁵⁹⁷ A.-S. HOCQUET-De LAJARTRE, « La protection des droits du débiteur cédé dans la cession Dailly », art. préc., spéc. n° 16.

¹⁵⁹⁸ L'avant-projet de réforme du droit du nantissement élaboré par la Société d'études législatives en 1937 avait pour ambition d'organiser une publicité axée sur une obligation d'information du débiteur : voir le texte proposé (*Bull. soc. ét. lég.* 1937, p. 361 et s.)

¹⁵⁹⁹ Voir à propos de quelques difficultés concernant la consécration d'un système de publicité organisé autour d'une obligation d'information à la charge du débiteur : J. BOULANGER, « Etudes et documents, question n° 107, Commission chargée d'étudier la mise en gage des créances à personne dénommée », *Bull. Soc. ét. lég.*, 1937, p. 341 et s.

obligation d'information à la charge du débiteur, ce qui est conforme avec l'orientation de la réforme vers une protection accrue du débiteur.

563. Si le principe de non-aggravation de la situation du débiteur du fait de la cession doit conduire à refuser la création d'une obligation d'information pesant sur le débiteur, il en va de même de la création d'un quelconque devoir de renseignement. Plus précisément, la question se pose de savoir si, dans l'hypothèse d'une double cession de créance suivie d'une double notification, le débiteur est tenu ou non de déterminer, avant la réalisation du paiement, lequel des deux cessionnaires ayant notifié la cession bénéficie du titre le plus ancien. Nous croyons que le débiteur réalise un paiement libératoire s'il paie entre les mains du cessionnaire ayant notifié le premier, sans avoir à déterminer l'identité du cessionnaire dont le titre est plus ancien. Dans le cas contraire, le débiteur serait exposé à la charge de déterminer lui-même le titre le plus ancien¹⁶⁰⁰.

564. Même si le principe de non-aggravation de la situation du débiteur du fait de la cession a une grande portée, il ne s'agit pour autant pas d'un principe absolu. Quelques tempéraments méritent d'être signalés.

2- Les tempéraments au principe

565. Les principaux tempéraments au principe de non-aggravation de la situation du débiteur sont liés à la règle de l'opposabilité des exceptions. Sans prétendre à l'exhaustivité, il est possible d'en identifier trois : premièrement, l'inopposabilité des exceptions liées à la personne du créancier originaire (a) ; deuxièmement, la perte du bénéfice des exceptions en raison de l'acceptation ou de la prise d'acte de la cession par le débiteur (b) ; troisièmement, la perte du bénéfice des exceptions en raison de la renonciation du débiteur (c).

a) L'inopposabilité de certaines exceptions liées à la personne du créancier originaire

566. On l'a vu, le droit positif consacre quelques dispositions afin de protéger, dans la mesure du possible, le débiteur. Ce dernier n'est cependant pas complètement à l'abri d'une

¹⁶⁰⁰ Ph. EMY, « A propos de l'opposabilité d'une cession de créance, Réflexions sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *D.* 2008, 2886. *Contra* O. DESHAYES, « La cession de créance. Peut-elle être opposable aux tiers sans formalité ? », art. préc., p. 87 : « Deux solutions sont concevables : ou bien l'on décide que la première cession rendue opposable au débiteur l'emporte quelle que soit sa date ; ou bien l'on admet que les règles d'opposabilité au débiteur cédé ne forment que des mesures de protection destinées à lui protéger d'avoir à payer deux fois dans le cas où il paierait mal, et alors le fait que les cessions aient été rendues opposables avant qu'il ne paye ramène le cédé dans la même position que toute autre personne : il doit considérer que c'est la première cession en date qui prime. Cette solution nous paraît préférable. Certes, le débiteur aura alors à déterminer lui-même quelle est la cession antérieure en date. Mais il suffirait de prévoir qu'il est fondé à tenir pour vraie la date indiquée sur la notification de cession ».

aggravation de sa situation, notamment du fait de la personnalité du créancier qui peut avoir des incidences importantes sur le rapport d'obligation. Or, certaines exceptions sont attachées ou liées à la personne du créancier originaire¹⁶⁰¹, ce qui explique qu'à la différence des exceptions liées à la seule qualité du créancier, le débiteur perd la possibilité de les opposer au cessionnaire qu'elles aient lieu avant ou après l'établissement du lien entre eux. L'exemple de la simulation permet d'éclairer nos propos.

567. Sans entrer dans les détails de cette opération, on peut noter qu'elle consiste dans la dissimulation, par les parties au contrat, de l'existence, de la nature ou d'un élément de celui-ci, afin de créer envers les tiers une situation apparente qui ne correspond pas à la situation réelle¹⁶⁰². Il ne s'agit pas nécessairement d'une opération frauduleuse, ce qui explique que nos législateurs civils n'aient pas posé d'interdiction générale à son égard¹⁶⁰³. Cependant, l'existence de deux actes, l'un apparent ou ostensible, l'autre secret ou contre-lettre, justifie l'existence d'une réglementation spéciale afin de préciser les effets de chacun de ces actes à l'égard des parties et à l'égard des tiers. En ce qui concerne les parties, la règle est que la contre-lettre l'emporte sur l'acte apparent. Deux raisons peuvent expliquer cette position : la première est que les parties connaissent la situation réelle puisqu'elles ont créé une apparence trompeuse volontairement ; la seconde est que la contre-lettre correspond à ce que les parties ont réellement voulu¹⁶⁰⁴.

En revanche, la situation n'est pas la même pour les tiers. La doctrine et la jurisprudence, tant en France qu'en Colombie, sont d'accord sur le fait que l'acte simulé ne leur est pas opposable. Les parties à l'acte simulé ne peuvent donc pas invoquer la contre-lettre envers les tiers, autrement dit ceux qui ne participent pas à l'acte simulé, qui ne peuvent ainsi s'en tenir à l'acte ostensible¹⁶⁰⁵. La raison de cette solution est que la simulation a pour objet de créer une apparence qui n'est pas conforme à la réalité telle qu'elle résulte de la contre-lettre. En conséquence, puisqu'ils ignorent la réalité et qu'ils ne peuvent s'en tenir qu'à l'apparence, les tiers ne sauraient voir leur sécurité menacée

¹⁶⁰¹ Certains auteurs se réfèrent à ce type d'exceptions comme étant des exceptions strictement personnelles : Ch. LACHIEZE, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, *op. cit.*, n° 500, p. 489 : « Sous le terme d'exceptions strictement personnelles, nous désignons les exceptions qui trouvent leur origine dans une caractéristique particulière à une personne, et qui ne sont efficaces qu'au profit de cette personne. Ces exceptions échappent à la systématisation que nous proposons, car elles ne tirent pas leur efficacité de l'effet obligatoire du contrat, mais de la loi ».

¹⁶⁰² Ch. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil*, t. III, *Les obligations, Le Contrat*, 8^e éd., *op. cit.*, 2014, n° 763, p. 894.

¹⁶⁰³ En droit français : Ch. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil*, t. III, *Les obligations, Le contrat*, *op. cit.*, n° 763, p. 894 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1000, p. 2065. En droit colombien : G. OSPINA FERNANDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, *op.cit.*, n° 290, p. 191 ; J. SUESCÚN MELO, *Derecho privado*, t. II, *Estudios de Derecho civil y comercial contemporáneo*, *op.cit.*, p. 295.

¹⁶⁰⁴ Ch. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil*, t. III, *Les obligations, Le contrat*, 8^e éd., *op.cit.*, n° 765, p. 897 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1000, p. 2066.

¹⁶⁰⁵ Sous réserve de la connaissance de la contre-lettre par les tiers : Ch. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil*, t. III, *Les obligations, Le contrat*, 8^e éd., *ibidem*.

par l'opposabilité de la contre-lettre. C'est précisément en ce sens qu'il convient de comprendre les dispositions qui précisent que les contre-lettres ne peuvent produire d'effets qu'entre les parties contractantes.

568. Ces précisions étant faites, on peut se demander si, lors d'une cession de créance, le débiteur dispose de la faculté d'invoquer contre le cessionnaire une contre-lettre signée avec le cédant afin de remettre en question soit une cause d'extinction de la créance, soit une cause de diminution ou d'extinction de celle-ci. Une réponse négative s'impose.

En ce qui concerne le droit français, selon l'ancien article 1321 du Code civil, le cessionnaire est considéré comme un tiers à la simulation. Il ne participe pas à la conclusion de l'acte secret. Le débiteur ne peut donc invoquer à son encontre la contre-lettre. La doctrine et la jurisprudence françaises défendent cette solution¹⁶⁰⁶. Par exemple, dans le cas d'une cession dont le montant de la créance cédée est inférieur à celui prévu dans une contre-lettre signée par le cédant et le débiteur, celui-ci ne pourrait pas opposer au cessionnaire une telle contre-lettre afin de faire valoir le prix prévu dans l'acte secret. Le cessionnaire est en droit de s'en tenir au prix stipulé dans l'acte ostensible pourvu qu'il ait ignoré l'existence de la contre-lettre¹⁶⁰⁷.

Quant au droit colombien, bien qu'il ne s'agisse pas d'un aspect très débattu, la même solution s'impose. La lecture de l'article 1766 du Code civil conforte cette conclusion. D'après cette disposition, les contre-lettres ne peuvent produire d'effets qu'entre les parties contractantes de sorte que s'il y a eu entre le créancier originaire et le débiteur une contre-lettre, ce dernier ne pourra pas se prévaloir du contenu de celle-ci à l'encontre du cessionnaire. Une telle exception ne pourrait être opposée qu'au cédant en sa qualité de contractant originaire. Cette conclusion s'impose si l'on tient compte du principe selon lequel « *celui qui crée l'apparence d'un droit doit souffrir qu'on la lui oppose, lors même que la réalité est tout autre* »¹⁶⁰⁸.

Nous pouvons donc conclure que l'exception tirée d'un acte simulé est une exception liée au contractant signataire de l'acte simulé. Dans une telle hypothèse, et compte tenu du fait qu'une telle

¹⁶⁰⁶ Ch. LACHIEZE, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, op. cit., n° 506, p. 495-496 ; Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse préc. t. I, n° 27, p. 49 ; C. OPHELE, V° « Cession de créance », *Encyclopédie Dalloz civil*, avril 2008, spéc. n° 289. En ce qui concerne la jurisprudence : Cass. civ. 15 mai 1944, *DA*, 1944, 86 où la Cour casse la décision du juge du fond en affirmant qu'au vu de l'article 1321 du Code civil, il résulte qu'une contre-lettre n'est pas opposable au cessionnaire de bonne foi d'une créance lorsqu'une telle contre-lettre est contraire à l'acte ostensible dont les effets ont été cédés. Voir égal : Req. 22 février 1852 ; *DP* 54. 5. 597 ; M. LOYNES, *DP*. 97. 1. 505, *Rép. Prat.* V° « preuve », n° 839.

¹⁶⁰⁷ Ch. LARROUMET et S. BROS, *Traité de droit civil*, t. III, *Les obligations, Le contrat*, 8^e éd., op. cit., n° 771, p. 907-908. Cela ne signifie pourtant pas que le cessionnaire ne puisse pas invoquer la contre-lettre si celle-ci est plus favorable que l'acte ostensible, par exemple dans le cas où le montant de la créance est plus important dans l'acte secret que dans l'acte ostensible : Ch. LACHIEZE, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, op. cit., n° 506, p. 495-496.

¹⁶⁰⁸ P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, op. cit., n° 277, p. 889.

qualité correspond à celle du créancier cédant, le principe est que le débiteur ne peut se prévaloir de l'acte simulé qu'à l'encontre du cédant et, éventuellement, de ses ayants cause à titre universel.

569. Outre la perte de la possibilité d'opposer au cessionnaire certaines exceptions telle la simulation, l'acceptation ou, depuis la récente réforme du droit des obligations en droit français, la prise d'acte de la cession sans aucune réserve peuvent aussi être à l'origine d'une aggravation de la situation du débiteur.

b) La perte de certaines exceptions en raison de l'acceptation ou de la prise d'acte de la cession sans réserve

570. L'aggravation de la situation du débiteur comme conséquence de l'acceptation ou de la prise d'acte de la cession sans réserve n'a pas la même étendue en droit commun et en droit spécial. En ce qui concerne ce dernier, c'est surtout le domaine de la cession Dailly en droit français qui est riche d'enseignements. Ainsi, l'analyse de la portée de l'acceptation ou de la prise d'acte de la cession sur la perte du bénéfice d'exceptions en droit commun (i) précédera l'étude de la portée de l'acceptation sur la perte du bénéfice d'exceptions en matière de cession Dailly (ii).

i) *Le droit commun*

571. On sait que l'acceptation du débiteur dans le domaine de la cession de créance de droit commun, en droit français comme en droit colombien, est l'un des moyens permettant l'établissement du lien officiel entre le débiteur et le cessionnaire. De même, nous avons insisté sur le fait qu'une telle acceptation, contrairement à ce que l'on pouvait croire, n'est pas un engagement autonome du débiteur mais une sorte d'aveu par lequel le débiteur laisse entendre qu'il est au courant de la réalisation de la cession. C'est peut-être afin de lever toute ambiguïté concernant le rôle de l'acceptation du débiteur que les auteurs de la récente réforme du droit des obligations en droit français ont préféré se référer à la « prise d'acte » de la cession par le débiteur au lieu de conserver le terme d'« acceptation »¹⁶⁰⁹. Cependant, nos législateurs attribuent un effet particulier à l'acceptation de la cession par le débiteur en ce qui concerne l'exception de compensation. Il en est de même s'agissant de la prise d'acte conformément à la récente réforme en droit français.

¹⁶⁰⁹ V. *supra* n° 480 et s.

572. En effet, l'alinéa 1^{er} de l'ancien article 1295 du Code civil français et l'alinéa 1^{er} de l'article 1718 du Code civil colombien disposent que le débiteur qui accepte purement et simplement la cession de créance ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant la cession, opposer au cédant. Aux termes de ces dispositions, l'acceptation de la cession par le débiteur, sans réserve, lui fait perdre la possibilité d'opposer la compensation qu'il aurait pu opposer au cédant avant une telle acceptation. Il s'agit donc d'un tempérament au principe de non-aggravation de la situation du débiteur du fait de la cession. Certes, le débiteur de la créance cédée ne perd pas le droit de recouvrer sa créance contre son débiteur, le cédant, mais le plus probable est qu'il doive concourir avec les autres créanciers du cédant en courant ainsi le risque d'insolvabilité de celui-ci.

573. Le fondement des dispositions mentionnées fait l'objet d'un important débat tant en France qu'en Colombie. Pour certains, la perte du bénéfice de l'exception de compensation dans l'hypothèse de l'acceptation sans réserve résulterait de la renonciation du débiteur à la compensation déjà opérée¹⁶¹⁰. Un auteur qualifie même de présomption irréfragable cette renonciation¹⁶¹¹. D'autres, en revanche, semblent justifier cette disposition par une raison de simple opportunité : le législateur, en rejetant la possibilité d'invoquer la compensation contre le cessionnaire, aurait décidé de faire primer les intérêts du cessionnaire sur ceux du débiteur. Cela s'expliquerait par le fait que celui-ci garderait la possibilité de demander, dans tous les cas, le recouvrement de sa créance même si, éventuellement, il s'expose à subir le concours des autres créanciers¹⁶¹².

Pour notre part, la seconde analyse l'emporte sur la première. En premier lieu, il ne semble pas opportun d'admettre que l'on est en présence d'une renonciation alors qu'aucune référence n'est faite à la connaissance effective du débiteur de la créance compensable. Comme certains auteurs ont

¹⁶¹⁰ A. SERIAUX, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 169, p.618- 619 ; B. STARCK, H.ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Régime général, op.cit.*, n° 49, p. 23. Pour une position plus nuancée faisant référence au fait que le débiteur est censé avoir renoncé à la compensation lorsqu'il accepte la cession sans faire aucune réserve : Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op.cit.*, n° 1422, p. 805. D'autres auteurs se réfèrent à une renonciation tacite : COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 8^e éd., Dalloz, 1935, n° 349, p. 332 ; L. LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations*, t. V, *op. cit.*, n° 5, p. 205.

¹⁶¹¹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation, op.cit.*, n° 375, p. 372, note 4. D'une manière implicite, en affirmant que le débiteur qui n'a pas invoqué la compensation ne peut se faire relever de la renonciation sous prétexte qu'il ignorait l'existence à son profit de la créance qui avait opéré la compensation : Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IV, 6^e éd., par E. Bartin, *op.cit.*, §329, p. 358-359.

¹⁶¹² En ce sens, même si l'auteur évoque aussi l'idée selon laquelle le débiteur de la créance cédée est réputé avoir renoncé à la compensation : D. MARTIN, *J.-Cl. Civ.*, V° « compensation », art. 1294 à 1299, fasc. 112-117, maj. 24 août 2010, spéc. n° 36 : « Pour être singulière, la solution retenue par le Code se justifie aisément : outre qu'elle simplifie la situation des personnes impliquées par la cession de créance, elle se révèle en principe indolore pour le renonçant. Par hypothèse, en effet, le débiteur cédé, qui renonce à la compensation, ne s'appauvrit pas : il perd, certes, le bénéfice d'un moyen de défense qu'il aurait pu opposer au cessionnaire, mais il retrouve alors le bénéfice de la créance dont il était titulaire à l'encontre du cédant. En revanche, sans doute faut-il excepter le cas où le cessionnaire, de mauvaise foi, aurait eu connaissance de l'extinction de la créance cédée et celui où la cession lui aurait été faite à titre gratuit ». D'une manière implicite en admettant le caractère particulier de la compensation : J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 497, p. 481-482.

pu le souligner, il paraît difficile d'admettre que l'on puisse renoncer à un droit dont on ignore être titulaire. La renonciation suppose nécessairement la connaissance du droit auquel on renonce et la volonté de le faire¹⁶¹³. En second lieu, l'ancien article 1299 du Code civil français et 1719 du Code civil colombien confortent l'idée que la perte de la possibilité pour le débiteur d'opposer la compensation à l'encontre du cessionnaire en cas d'acceptation de la cession sans aucune réserve est indépendante de la connaissance de la créance compensable. Le fait de considérer que le débiteur qui paie sa dette en ignorant une créance compensable en sa faveur maintient la possibilité d'invoquer, au moment de réaliser sa créance, tous les privilèges et hypothèques qui y étaient attachés, permet de dresser au moins deux conclusions principales. La première est que nos législateurs reconnaissent effectivement que la perte du bénéfice de la compensation peut avoir lieu même si le titulaire de la créance compensable l'ignore¹⁶¹⁴. La seconde est que celui qui n'invoque pas la compensation malgré la connaissance du caractère compensable de sa créance perd la possibilité de se prévaloir des privilèges et sûretés qui y étaient attachés, même s'il conserve la possibilité de recouvrer sa créance.

Cette différence de traitement s'explique par le besoin de protéger les autres créanciers privilégiés du débiteur à l'encontre desquels la compensation n'a pas été invoquée. Ces derniers ne doivent pas subir de préjudice du fait de la mise en œuvre des garanties attachées à la créance si la compensation n'a pas été invoquée alors qu'elle pouvait l'être¹⁶¹⁵.

¹⁶¹³ D'une manière implicite en affirmant que la renonciation est un acte de volonté unilatéral abdicatif : P. RAYNAUD, « La renonciation à un droit, sa nature, son domaine en droit civil », *RTD civ.* 1936, spéc. n°s 22 et 23, p. 782 s ; R. MENDEGRIS, *La nature juridique de la compensation*, *op. cit.*, n° 108, p. 143. Il est intéressant de noter que Pothier faisait référence à la nécessité de la connaissance par le créancier de sa créance afin de conclure à ce que son acceptation sans réserve de la cession constituait une renonciation à la possibilité de compenser : POTHIER, *Œuvres* par Bugnet, t. II, *Traité des obligations, De la prestation des fautes*, Plon, Cosse et Marchal, Paris, 1861, n° 632, p. 344 : « Quoique je fusse créancier du cédant dès avant le transport, cependant, si, ayant connaissance de ma créance, j'ai néanmoins accepté purement et simplement le transport, je suis censé avoir, par mon acceptation pure et simple, renoncé à la compensation, et je ne pourrai l'opposer au cessionnaire qui a compté sur mon acceptation ; sauf à moi exercer ma créance contre le cédant » (nous soulignons). D'une manière générale à propos des actes abdicatifs : F. DREIFUSS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, Préf. P. Tercier, LGDJ, 1985, spéc. n° 34, p. 47 : « L'abdication ne peut se définir que comme l'extinction d'une prérogative par la volonté de son titulaire, alors qu'il aurait la faculté de la faire valoir (ce qui exclut les renonciations au bénéfice de la loi) et, s'il s'agit d'une créance, sans qu'il reçoive satisfaction par l'exécution de la prestation ou par un autre moyen. L'idée de paiement s'oppose à celle d'abdication » ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n° 1026, p. 1052 : « Il convient tout d'abord de distinguer celui qui ne veut pas se libérer de sa dette par l'effet de la compensation de celui qui paie parce qu'il ignorait qu'une compensation était possible. C'est en effet uniquement dans la première hypothèse qu'il est permis de parler de renonciation. Dans la seconde, en revanche, faute de volonté consciente et éclairée, il n'y a aucune renonciation ».

¹⁶¹⁴ En ce qui concerne le droit colombien, les analyses de la doctrine chilienne sont essentielles compte tenu de l'influence du Code de Bello sur le Code civil colombien : L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, t. XII, *De las obligaciones*, III, Chile, 1939, n° 1840, p. 525.

¹⁶¹⁵ R. MENDEGRIS, *La nature juridique de la compensation*, *op. cit.*, n° 121, p. 150 : « Or, en s'abstenant volontairement d'invoquer la compensation, le solvens sera conduit ensuite à exercer sa propre créance en se prévalant des sûretés qui la garantissaient. Les autres créanciers privilégiés de l'accipiens auront, sans aucun doute, à en souffrir et la meilleure façon de les protéger est de considérer les sûretés du solvens comme leur étant inopposables ».

Il semble plus pertinent de considérer que les législateurs aient voulu accorder une protection plus importante au cessionnaire, cela au préjudice des intérêts du débiteur de la créance cédée, étant donné que celui-ci pourra, dans tous les cas, demander la réalisation de sa créance¹⁶¹⁶.

D'ailleurs, cette solution est plus conforme à la thèse du caractère volontaire de la compensation selon laquelle pour qu'une compensation opère il est nécessaire que le bénéficiaire manifeste sa volonté de la faire prévaloir¹⁶¹⁷. En revanche, la première solution semble plus conforme à la thèse selon laquelle la compensation aurait lieu de plein droit : le débiteur, en acceptant la cession sans aucune réserve, renoncerait à la compensation déjà opérée¹⁶¹⁸.

Il est vrai que les rédacteurs du Code Napoléon et le législateur colombien font référence à une compensation qui s'opère de « *plein droit par la seule force de la loi* »¹⁶¹⁹. Cependant, une telle consécration obéirait plutôt à une erreur d'interprétation du droit romain : l'expression *ipso jure* utilisée par Justinien (I, 4, 6, 30), traduite par « *de plein droit* », ne signifie pas que la compensation est automatique et qu'elle opère en dehors de la volonté du juge et des parties, mais plutôt qu'elle permet au défendeur d'invoquer, directement devant le juge, la compensation, et ce sans le détour de l'exception de dol¹⁶²⁰.

C'est précisément afin de mettre fin au débat concernant le déclenchement de la compensation que les rédacteurs de la récente réforme du droit des obligations en droit français se

¹⁶¹⁶ Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IV, 6^e éd., par E. Bartin, *op. cit.*, § 329, p. 359 : « D'un autre côté, le débiteur cédé recouvre, par suite de l'acceptation du transport, son ancienne action contre le cédant » ; COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, *op. cit.*, p. 332, note 1 : « Que si le débiteur cédé ignorait la compensation qui avait éteint sa dette, la solution de l'article 1295 s'explique par une double considération : 1^o la sécurité des transactions exige que le cessionnaire soit préféré au débiteur cédé ; 2^o cette préférence se justifie en outre par cette idée que le débiteur cédé aurait dû connaître la compensation qui s'était opérée en sa faveur ; il a fait preuve de négligence ».

¹⁶¹⁷ R. MENDEGRIS, *La nature juridique de la compensation*, *op. cit.*, n^o 29, p. 49 : « Il paraît plus exacte d'admettre que l'effet extinctif est suspendu à une éventuelle manifestation de volonté du bénéficiaire qui dispose d'une faculté assimilable à une option. Tant que cette volonté ne s'est pas manifestée, soit que le débiteur ne veuille pas opposer la compensation, soit qu'il ignore l'existence de la créance lui permettant de la faire, l'effet extinctif ne se réalise pas ».

¹⁶¹⁸ Cependant certains auteurs partagent l'idée selon laquelle l'acceptation du débiteur sans aucune réserve impliquerait une renonciation à se prévaloir à l'avenir de la compensation dont les effets ne se sont pas encore réalisés et non une renonciation aux effets de la compensation qui se seraient déjà réalisés : J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n^o 1024, p. 1050 ; A. COLLIN, « Du caractère volontaire du déclenchement de la compensation », *RTD civ.* 2010, n^o 20, p. 239.

¹⁶¹⁹ Il s'agit de l'expression utilisée par le législateur français à l'ancien article 1290 du Code civil. En ce qui concerne le droit colombien, l'article 1715 prévoit que « la compensation s'opère par le seul ministère de la loi, même à l'insu des débiteurs ».

¹⁶²⁰ J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations, régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n^o 87, p. 76-77 : « En droit romain, à l'époque de Justinien, il fut décidé que la compensation, qui nécessitait jusqu'alors que le débiteur poursuivi opposât à son créancier une exception de dol, aurait lieu ipso jure. Il ne s'agissait vraisemblablement que d'une réforme de procédure, consistant à permettre au débiteur d'invoquer la compensation sans le détour de l'exception de dol, mais les glossateurs traduisirent l'expression ipso jure par « de plein droit », ce qui revenait à opérer un glissement de signification. C'est précisément à cette erreur d'interprétation, perpétuée par la suite, que les rédacteurs du Code civil auraient donné valeur légale, en décidant avec insistance que la compensation s'opère « de plein droit », « par la seule force de la loi » et ce « même à l'insu des débiteurs » ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II., vol. 1, *Les obligations*, *op. cit.*, n^o 1156, p. 1192 ; G. DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, *op. cit.*, n^o 11, p. 13. A. Collin, « Du caractère volontaire du déclenchement de la compensation », *RTD civ.* 2010, p. 229 s., n^o 4, p. 231. *Contra* L. ANDREU, « De l'effet automatique de la compensation », *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 1 s. qui se montre favorable à l'effet automatique de la compensation.

sont prononcés en faveur du caractère volontaire de la compensation. Elle doit donc être invoquée pour opérer¹⁶²¹.

574. Il résulte de ce qui précède que la perte de la possibilité d'opposer l'exception de compensation en cas d'acceptation de la cession sans réserve représente un tempérament important au principe de non-aggravation de la situation du débiteur du fait de la cession. Cette analyse demeure pertinente malgré l'entrée en vigueur de l'ordonnance portant réforme du droit des obligations. Quelques précisions méritent toutefois d'être faites. En premier lieu, la lecture des dispositions concernant les rapports entre la cession de créance et la compensation montrent bien que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont voulu consacrer les solutions déjà existantes. Ainsi, le nouvel article 1347-5 du Code civil précise que « *le débiteur qui a pris acte sans réserve de la cession de la créance ne peut opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu opposer au cédant* ». Cette disposition rappelle bien celle prévue à l'ancien alinéa 1^{er} de l'article 1295 du Code civil. La référence à la prise d'acte de la cession par le débiteur au lieu de son acceptation s'explique par le fait que conformément aux nouvelles dispositions, la prise d'acte de la cession constitue le second moyen, à côté de la notification, de rendre la cession efficace à l'égard du débiteur¹⁶²².

Notons par ailleurs qu'un auteur a critiqué la consécration de la possibilité pour le débiteur d'émettre des réserves au moment de prendre acte de la cession. La nature juridique de la prise d'acte, simple acte de reconnaissance de l'existence de la cession, et l'impossibilité pour le débiteur d'empêcher la réalisation de la cession, seraient incompatibles avec la possibilité de prendre acte de la cession avec des réserves¹⁶²³. Une telle critique ne nous paraît guère convaincante. La réserve à laquelle se réfère la disposition mentionnée concerne en effet l'exception de compensation et non la réalisation de la cession elle-même comme cet auteur paraît l'entendre. En outre, si les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont préféré la référence à la prise d'acte à une référence à l'acceptation, l'explication

¹⁶²¹ En ce sens l'article 1347 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Voir à propos du principe du caractère volontaire consacré par le nouveau texte : M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (XI), *LPA*, 13 mai 2016, art. préc., spéc. art. 1347. L. ANDREU, « L'extinction de l'obligation », *Dr. et pat.* mai 2016, n° 258, p. 86 s où l'auteur, malgré sa position défavorable au principe du déclenchement volontaire de la compensation reconnaît qu'il s'agit de l'orientation suivie par la réforme. Voir en faveur de la thèse selon laquelle le législateur a conforté, avec la récente réforme du droit des contrats et du régime général de l'obligation, la dimension volontaire de la compensation : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 1004, p. 858.

¹⁶²² V. *supra* n° 480 et s.

¹⁶²³ M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (XI) », *LPA*, 13 mai 2016, art. préc., spéc. art. 1347-5 : « *Le texte (art. 1347-5) admet que la prise d'acte contienne une réserve. Cette précision est difficilement compréhensible parce qu'elle ne correspond pas avec la nature de l'acte cédé. La réserve est une manifestation de non-vouloir qui suppose la possibilité d'une volonté de son auteur à l'origine d'effets directs produits dans son patrimoine. Or, par la prise d'acte, le cédé ne fait que reconnaître l'existence de la cession réalisée en dehors de lui. La prise d'acte est ou n'est pas mais ne peut contenir de réserve de non-vouloir* ».

la plus probable est qu'ils aient voulu employer le terme prêtant le moins à confusion¹⁶²⁴. Ainsi, le recours à l'expression « prise d'acte » ne paraît pas s'expliquer par le souhait de vouloir modifier la règle qui accorde la possibilité au débiteur de formuler une réserve à l'encontre du cessionnaire de la compensation qu'il aurait pu opposer au cédant si la compensation n'avait pas eu lieu.

En second lieu, le nouvel article 1347-5 doit se comprendre comment faisant référence aux créances connexes et non connexes. Il est vrai que certains auteurs affirment que la compensation de créances non connexes serait exclue et, par conséquent, qu'elle serait opposable au cessionnaire indépendamment du fait que le débiteur n'ait pas fait de réserve au moment de prendre acte de la cession¹⁶²⁵. A l'appui de leur thèse, ces auteurs indiquent que selon le nouvel article 1324 issu de l'ordonnance du 10 février 2016, la prise d'acte de la cession n'a d'incidence qu'en cas de compensation d'une créance non connexe. Cette analyse serait confortée par la disposition prévue à l'alinéa 3 de l'article 1348-1 de ladite ordonnance selon laquelle « *Dans le même cas (compensation de dettes connexes), l'acquisition de droits par un tiers sur l'une des obligations n'empêche pas son débiteur d'opposer la compensation* ». En d'autres termes, la prise d'acte de la cession par le débiteur n'aurait pas d'incidence sur le traitement des exceptions inhérentes à la dette. Cette conclusion nous semble cependant critiquable dans la mesure où la loi ne fait aucune distinction à ce propos¹⁶²⁶. En outre, l'argument tiré de la disposition prévue à l'alinéa 1^{er} du nouvel article 1348-1 ne nous semble pas déterminant dans la mesure où cet article se réfère à l'impossibilité pour le juge de déclarer la compensation de dettes connexes dans le cas d'une cession, mais cela ne signifie pas que l'on exclut une telle possibilité dans l'hypothèse de la prise d'acte sans réserve.

575. Mise à part l'exception de compensation, la question se pose de savoir si l'acceptation ou la prise d'acte de la cession sans réserve empêche le débiteur de se prévaloir des exceptions autres que celle de compensation. Une telle question se pose car les rédacteurs de la récente réforme ont

¹⁶²⁴ S. MILLEVILLE, « Réforme du droit des contrats et des obligations : l'opposabilité de la cession de créance », *Lexbase Hebdo*, éd. privée, n° 646, 10 mars 2016, p. 3 : « *Sous cette précision, la consécration du "prendre acte" et l'abandon corrélatif de l'acceptation de l'ancien article 1690 en matière de cession relèvent plus de l'évolution terminologique que de la révolution. Tel n'est pas le cas de l'autre formalité d'opposabilité de la cession au débiteur cédé, la notification de la cession* ».

¹⁶²⁵ En faveur de cette analyse bien que concernant les dispositions prévues dans le projet de réforme. Cependant, étant donné que le contenu des règles maintenues dans l'ordonnance du 10 février 2016 correspond à celles prévues originellement dans le projet d'ordonnance, les commentaires de ces auteurs restent valables : N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2015, p. 191.

¹⁶²⁶ A propos de la perte de la possibilité d'opposer la compensation même d'une créance connexe en cas d'acceptation : Cass. com. 1^{er} déc. 1992, *Bull. civ.* IV, n° 381, p. 269 ; *D.* 1993, p. 513, obs. J.-P. Sortais. Même si les auteurs ne l'affirment pas expressément, il semblerait qu'ils considèrent que le débiteur perd l'opposabilité d'opposer la compensation des dettes connexes et celle des dettes non connexes lorsqu'il prend acte de la cession sans faire aucune réserve : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 1013, p. 864 : « *En résumé, le cédé peut, en vertu de l'article 1324, alinéa 2 du Code civil, opposer la compensation de dettes connexes au cessionnaire ; il peut invoquer la compensation de dettes non connexes si ces conditions objectives étaient réunies avant la notification. Par exception tiré de l'article 1347-5, il perd ces moyens de défense lorsqu'il prend acte de la cession* ».

gardé silence à ce propos, comme cela était déjà le cas sous l'ancienne législation. Il en est de même en droit colombien. Afin de répondre à une telle interrogation, nous allons nous pencher sur les différentes positions de la doctrine en droit français et en droit colombien. Notons que si en droit français les arguments auxquels nous allons nous référer ont été présentés dans le cadre de l'ancienne législation, ils restent valables car la problématique posée reste la même.

Tout d'abord, soulignons que la doctrine se trouve divisée, en France comme en Colombie, sur la question de savoir si le débiteur, afin de conserver la possibilité d'opposer au cessionnaire les exceptions ou moyens de défense qu'il aurait pu opposer au cédant si la cession n'avait pas eu lieu, doit ou non procéder à une réserve correspondante au moment de l'acceptation de l'acte de cession. Trois courants principaux peuvent être identifiés à propos de cette question.

D'après un premier courant, le débiteur qui accepte purement et simplement la cession de créance perd l'opportunité d'opposer au cessionnaire les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant si la cession n'avait pas eu lieu. Il s'agirait donc d'étendre purement et simplement à toutes les exceptions la règle prévue pour la compensation. La raison en est que le débiteur qui ne fait pas de réserve agirait de mauvaise foi et, par conséquent, ne devrait pas être protégé¹⁶²⁷.

D'après un deuxième courant, propre au droit français, l'acceptation pure et simple du débiteur devrait entraîner la perte non seulement de l'exception de compensation mais aussi celle de toutes les exceptions tenant à la libération du débiteur envers le cédant, telles que les exceptions de paiement ou de remise de dette. Il s'agirait donc d'une extension partielle de la disposition prévue à l'alinéa 1^{er} de l'ancien article 1295 du Code civil aux exceptions ayant une nature juridique similaire à celle de la compensation. Le principal argument invoqué en faveur de cette position réside aussi dans la mauvaise foi du débiteur qui garde silence malgré sa connaissance d'une cause d'extinction ou de diminution de la créance¹⁶²⁸.

Enfin, le troisième courant, majoritaire dans la doctrine, refuse d'étendre la règle prévue à l'ancien article 1295 du Code civil français et à l'article 1718 du Code civil colombien aux autres

¹⁶²⁷ En droit français : A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations, op. cit.*, n° 242, p. 310 : « D'une part, la loi considère que lorsque le débiteur a accepté la cession par acte authentique, les exceptions nées dans ses rapports avec le cédant avant la rédaction de cet acte ne sont opposables que s'il les a réservées dans l'acte. Indiquée à propos de la compensation (art. 1295 cc), cette solution paraît pouvoir être généralisée » (nous soulignons) ; M. BILLIAU, *La transmission des créances et des dettes, op.cit.*, n° 51, p. 59 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes, op. cit.*, n° 325, p. 360-361. En droit colombien : F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones, concepto, estructura, vicisitudes*, I, *op.cit.*, n° 343, p. 442 ; A. PÉREZ-VIVEZ, *Teoría general de las obligaciones*, vol. III, part. II, *op.cit.*, n° 483, p. 305-306.

¹⁶²⁸ Ch. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse préc., n° 75, p. 152 : « L'acceptation n'est, en principe, jamais autre chose qu'un aveu de la connaissance de la cession par le débiteur cédé ; mais cet aveu risquerait de tromper la confiance du cessionnaire, s'il pouvait ensuite lui opposer sa libération envers le cédant, et il faut décider que cet aveu, sans protestations, serait illogique, et obligerait à payer nonobstant toute exception tenant à la libération du cédé. Le législateur l'a précisé pour la compensation, car elle s'opère de plein droit, sans la volonté du débiteur, même s'il l'ignore ; les autres modes de libération supposent une intervention active de sa part et son aveu serait, par conséquent, d'autant plus illogique et trompeur ». ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Droit civil*, t. II, *Les obligations, Le régime, op.cit.*, n° 359, p. 320.

exceptions pouvant être opposées par le débiteur. Pour ces auteurs, l'inopposabilité de l'exception de compensation en cas d'acceptation du débiteur est une règle d'exception qui aggrave la situation de celui-ci. En conséquence, elle doit faire l'objet d'une application restrictive¹⁶²⁹.

576. Or, nous considérons qu'en raison de la nature juridique particulière de la cession de créance, acte qui modifie unilatéralement le rapport d'obligation, il convient d'accorder au débiteur une protection maximale. Ainsi, le principe du *favor debitoris* doit être appliqué avec une plus grande rigueur. Dès lors, il ne paraît pas pertinent de procéder à une interprétation extensive de l'ancien article 1295, alinéa 1^{er} du Code civil français -devenu le nouvel article 1347-5 du Code civil-, ni de l'article 1718, alinéa 1^{er} du Code civil colombien.

Soulignons également que même si la perte de l'exception de compensation porte préjudice au débiteur de la créance cédée, il ne s'agit pas d'un préjudice absolu. En effet, le débiteur ne perd pas la possibilité de demander la réalisation de sa créance. Plus encore, la compensation est le seul cas où le débiteur, s'il était privé du droit d'opposer l'exception, paierait une dette réellement due¹⁶³⁰. En revanche, le fait d'admettre la perte de la possibilité d'opposer d'autres exceptions se traduit par un préjudice absolu pour le débiteur dans la mesure où celui-ci ne pourra pas se prévaloir de tels moyens à l'encontre de son créancier originaire, le cédant¹⁶³¹.

En droit colombien, l'un des principaux arguments invoqués en faveur de l'extension absolue de la règle prévue pour la compensation aux autres hypothèses n'est pas décisif. Ainsi, Hinestrosa se fonde sur l'article 896 du Code de commerce relatif à la cession du contrat pour affirmer que l'acceptation de la cession sans réserve de la part du débiteur doit entraîner la perte de la possibilité d'opposer les autres exceptions¹⁶³². Il applique, par analogie, l'article 896 précité à la cession de créance.

¹⁶²⁹ En droit français : J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations, régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 497, p. 481-482 qui affirme que le cessionnaire pourrait, le cas échéant, engager la responsabilité civile extracontractuelle du débiteur de la créance cédée sur le fondement du droit commun mais non sur la règle prévue à l'article 1295, al. 1^{er} (aujourd'hui devenu l'article 1347-5 du Code civil) ; L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, *op. cit.*, n° 33, p. 40, note 70; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Obligations*, 2^e partie, par P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, *op. cit.*, n° 1126, p. 514 qui affirment que même la perte de la possibilité d'opposer l'exception de compensation est critiquable. Ils affirment que l'acceptation devrait être interprétée de la même façon dans tous les cas mais que peut-être que les rédacteurs du Code civil ont voulu protéger le cessionnaire contre un danger qu'ils estimaient plus redoutable par sa fréquence ; E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, *op. cit.*, n° 696, p. 423 : « L'acceptation peut priver le débiteur du bénéfice de la compensation (art. 1295 C.civ), mais hormis ce cas, l'acceptation n'entraîne aucun changement dans la situation juridique du cédé ». En droit colombien : A. TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones, El acto o negocio jurídico y otras fuentes de obligaciones*, *op. cit.*, n° 293, p. 498-499; H. D. VELÁSQUEZ GÓMEZ, *Estudio sobre obligaciones*, *op. cit.*, n° 545, p. 1027-1028.

¹⁶³⁰ G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, thèse préc., n° 104, p. 96 ; J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations, régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 497, p. 482.

¹⁶³¹ L. ANDREU, « Les opérations translatives (cession de créance, cession de dette, cession de contrat », *Pour une réforme du régime général des obligations*, art. préc., p. 128 : « Quant à la suggestion d'élargir à toutes sortes d'exceptions la règle énoncée à l'article 1295, alinéa 2, du Code civil, pour la seule compensation, elle n'a pas été retenue : si l'on peut facilement admettre la perte du droit d'opposer la compensation (le débiteur n'en pâtit pas : il retrouve sa créance), cette perte serait plus contestable s'agissant d'autres exceptions ».

¹⁶³² F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, 1, *concepto, estructura, vicisitudes*, *op. cit.*, n° 345, p. 443.

Cependant, une lecture attentive de cette disposition montre bien que l'opposabilité des exceptions dérivées du contrat cédé n'est pas conditionnée à la réserve du contractant cédé. En effet, la disposition invoquée par Hinestrosa prévoit que « *Le contractant cédé pourra opposer au cessionnaire toutes les exceptions qui émanent du contrat. Il pourra aussi opposer les exceptions qui se basent sur d'autres relations avec le cédant pourvu qu'il ait fait la réserve expressément au moment de la notification ou de l'acceptation de la cession* »¹⁶³³. D'après une telle disposition, la réserve est exigée pour que le débiteur puisse se prévaloir d'exceptions autres que celles dérivées du contrat cédé. Le législateur accorde donc une protection renforcée au contractant cédé en lui reconnaissant la possibilité d'opposer d'autres exceptions que celles issues du contrat cédé mais à la condition d'émettre une réserve lors de la notification ou de l'acceptation de la cession. Il ne s'agit donc pas de soumettre l'opposabilité des exceptions issues du contrat cédé à une quelconque réserve comme Hinestrosa le laisse entendre.

577. Le débiteur, sujet passif de la modification subjective de l'obligation, ne doit pas être tenu d'émettre une réserve afin de préserver sa faculté d'opposer au cessionnaire des exceptions. Affirmer le contraire reviendrait à faire peser une charge très importante sur le débiteur, ce qui aggraverait sa situation tout en dénaturant le mécanisme de la cession de créance¹⁶³⁴. C'est pourquoi les dispositions concernant la nécessité pour le débiteur de réserver la possibilité d'opposer la compensation doivent rester cantonnées à cette exception. Mais, s'il s'agit du principe en matière de cession de créance de droit commun, en va-t-il de même dans le domaine de la cession de créances professionnelles en droit français ?

ii) *Le droit spécial : la cession Dailly*

578. Conformément à l'article L. 313-29 du Code monétaire et financier, le débiteur peut s'engager à payer directement la créance cédée en faveur du bénéficiaire du bordereau et en raison de la demande de celui-ci. Mais pour qu'un tel engagement soit efficace, il est nécessaire qu'il soit constaté par un acte écrit intitulé « *acte d'acceptation de la cession d'une créance professionnelle* ». De même, le législateur a précisé, à l'alinéa 2 de la disposition mentionnée, que dans le cas d'une telle acceptation le débiteur ne peut opposer au cessionnaire les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le cédant, sauf lorsque le cessionnaire, en acquérant la créance, agit délibérément au préjudice du débiteur¹⁶³⁵.

¹⁶³³ Voir l'article 896 du Code de commerce colombien.

¹⁶³⁴ P. RAYNAUD, *Anciens cours de droit civil*, D.E.A. de droit privé général, *Les contrats ayant pour objet une obligation*, op. cit., p. 109 ; L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, op. cit., n° 33, p. 40, note 70 ; G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, thèse préc., n° 104, p. 96.

¹⁶³⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, op.cit., n° 385, p. 381.

Les auteurs s'interrogent sur la nature juridique d'une telle acceptation et sur la portée de la perte de l'opposabilité des exceptions. Trois thèses peuvent être envisagées quant à la nature juridique d'une telle acceptation. On pourrait considérer que l'acceptation est une simple prise d'acte, un consentement à l'opération ou un engagement autonome du débiteur envers le cessionnaire¹⁶³⁶. Certains auteurs soulignent que cette dernière serait la seule conception permettant d'expliquer la possibilité pour le débiteur d'accepter la cession d'une manière conditionnelle¹⁶³⁷. La thèse de l'engagement autonome semble être la plus défendue¹⁶³⁸.

579. Pour notre part, nous considérons que l'acceptation par le débiteur d'une cession Dailly n'est pas un engagement autonome¹⁶³⁹, ce qui ne signifie pour autant pas que nous approuvons les deux autres thèses mentionnées. La première position doit être rejetée. En effet, la loi accorde trop de conséquences à un tel consentement pour considérer qu'il s'agit simplement d'une prise d'acte. La seconde position doit aussi être écartée car le débiteur, du fait de son acceptation, ne devient pas partie à l'acte de cession, c'est pourquoi il ne pourrait, par exemple, invoquer la violation d'une quelconque clause prévue dans le contrat de cession afin de refuser de se libérer entre les mains du cessionnaire¹⁶⁴⁰. Ainsi, il nous semble qu'en acceptant la cession, le débiteur s'engage effectivement envers le cessionnaire. Il s'agirait cependant d'un engagement ayant toujours un rapport avec l'acte de cession

¹⁶³⁶ Voir d'une manière générale à propos de cette question et des éventuelles solutions : A.-S. HOCQUET- De LAJARTRE, « La protection des droits du débiteur cédé dans la cession Dailly », art. préc., spéc. n° 22..

¹⁶³⁷ A.-S. HOCQUET- De LAJARTRE, *ibidem*.

¹⁶³⁸ Th. BONNEAU, *Droit bancaire, op. cit.*, n° 753, p. 558 qui cite à l'appui de cette affirmation l'obligation du preneur, qui a accepté la cession Dailly, de payer les sommes dues au cessionnaire indépendamment de tout litige pouvant exister entre lui et le créancier cédant : Cass. com., 14 déc. 1999, *RJDA* 2/00, n° 203, p. 178 ; J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 537, p. 509-511 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op.cit.*, n°1427, p.810 qui considèrent que « si le débiteur accepte formellement de payer le cessionnaire, il s'engage envers lui et ne peut lui opposer les exceptions qu'il aurait pu invoquer contre le cédant, sauf si le cessionnaire était de mauvaise foi, c'est-à-dire avait agi sciemment contre le débiteur en recevant le bordereau (art. L 313-29) » ; D. AMMAR, note sous Cass. com. 8 fév. 1994, *JCP E* 1995, II, 707 qui exclut une acceptation assortie de réserves, présentant l'acceptation de l'article 6 comme « un engagement direct et abstrait, détaché de l'obligation initiale du cédant envers le cédé » ; RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial*, t. II, par Ph. Delebecque et M. Germain, 17^e éd., 2004, n° 2428-8, p. 386 : « Le principe de l'inopposabilité des exceptions est exprimé dans les termes qu'utilise l'article L.511-12 du Code de commerce en matière de lettre de change, et doit être interprété de la même manière » ; V. LASBORDES- De VIRVILLE, « Les risques encourus par le banquier cessionnaire », *RDBF*, n° 2, mars 2006, dossier 1, spéc. 16. *Contra* la thèse de l'engagement autonome : P. CROCQ, *RTD civ.* 2001, p. 396 ; D. LEGEAIS, *Traité, Opérations de crédit, op. cit.*, n° 908, p. 505-506.

¹⁶³⁹ Voir en faveur de la thèse selon laquelle l'acceptation du débiteur en matière de cession Dailly ne fait pour autant pas naître une nouvelle obligation : J. STOUFFLET, « Propos sur la transmission des créances », in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 511, n° 5.

¹⁶⁴⁰ La jurisprudence n'hésite pas à écarter cette thèse en affirmant que l'acceptation de la cession par le débiteur ne l'autorise pas, par exemple, à se prévaloir d'une clause de résolution du contrat de cession. La raison tient à ce que le débiteur n'est qu'un tiers à la cession : Cass. com., 19 mai 1992, n° 90-16155, *Bull. IV*, n° 189. Il s'agissait dans l'espèce d'une cession Dailly qui avait été acceptée par le débiteur de la créance cédée. Celui-ci, afin de refuser de payer le cessionnaire invoquait une clause du contrat de cession conclu entre le cédant et le cessionnaire selon laquelle en cas de non-paiement, les cessions de créance seraient résolues de plein droit, et ce précisément en raison du fait du report d'échéances successives. Ainsi, la Cour a pu décider que « Le débiteur cédé, qui a accepté les cessions de créances opérées selon les modalités prévues par la loi du 2 janvier 1981 et qui, du fait des reports d'échéances successifs, se trouve démuné de tout recours utile contre le cédant, mis en liquidation judiciaire, ne peut refuser de payer les créances détenues sur lui en invoquant le non-respect des stipulations de la convention de cession de créances, étant tiers à ladite convention » (nous soulignons).

conclu entre son créancier originaire et le cessionnaire. Deux raisons principales doivent être invoquées en faveur de cette conception.

La première raison est que, conformément à l'état actuel de la jurisprudence¹⁶⁴¹, par exemple dans le cas de deux cessions de créances professionnelles, le second cessionnaire en date qui a fait accepter la créance par le débiteur ne peut refuser la restitution de la somme perçue au premier cessionnaire en date. En effet, ce dernier est en droit d'exercer un recours contre le second cessionnaire ayant obtenu le paiement du débiteur au mépris de ses droits. On peut donc constater que la deuxième cession, malgré l'acceptation du débiteur, ne constitue pas une cause légitime d'enrichissement du second cessionnaire¹⁶⁴². Le caractère autonome de l'engagement du débiteur semble donc être remis en question.

La deuxième raison est que l'acceptation du débiteur, conformément aux conditions prévues par le législateur en matière de cession Dailly, ne fait pas obstacle à ce que le débiteur cédé invoque les exceptions tirées de ses rapports personnels avec le cessionnaire de la créance dès lors que le bordereau est irrégulier¹⁶⁴³. De la sorte, on constate que d'une manière générale la validité de l'acceptation est subordonnée à celle du bordereau¹⁶⁴⁴.

Mais, si l'efficacité de l'acceptation est toujours subordonnée à la régularité du bordereau, il n'est pas moins vrai qu'en cas d'acceptation, conformément aux conditions strictes prévues par le législateur, le débiteur de la créance cédée perdra la possibilité de se prévaloir des exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le cédant. Il reste à déterminer ce que l'on doit comprendre par ce type d'exceptions. De la réponse donnée dépendra une protection plus ou moins importante du débiteur de la créance cédée.

580. Rappelons que le terme « exception » doit être compris dans le sens précis auquel nous avons eu l'occasion de faire référence antérieurement¹⁶⁴⁵. Ainsi, l'acceptation de la cession par le débiteur dans le cadre d'une cession Dailly ne lui fera pas perdre la possibilité d'invoquer contre le cessionnaire les modalités de la créance ou les éléments qui ne font qu'établir les contours de celle-ci et les mécanismes pour la réaliser, telle une clause compromissaire par exemple. Ces éléments s'imposent au cessionnaire en raison de la règle sur le maintien de la créance et de son contenu et non,

¹⁶⁴¹ Cass. com., 19 mai 1992, n° 90-15342, *Bull. civ. IV*, 1992. La doctrine semble aussi partager cette analyse : Ch. LARROUMET, « Le conflit entre cessionnaires successifs d'une créance transmise par Bordereau », *JCP E*, 1990, II, 15877.

¹⁶⁴² A.-S. HOCQUET-De LAJARTRE, « La protection des droits du débiteur cédé dans la cession Dailly », art. préc. spéc. n° 22, p. 230.

¹⁶⁴³ Cass. com., 16 oct. 2007, n° 06-14675, *Bull. civ. IV*, n° 217.

¹⁶⁴⁴ Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire, op. cit.*, n° 730, p. 443.

¹⁶⁴⁵ V. *supra* n° 511.

comme certains auteurs semblent le comprendre, en raison du principe de l'opposabilité des exceptions¹⁶⁴⁶. C'est pourquoi l'acceptation de la cession Dailly par le débiteur n'empêche pas celui-ci, par exemple, d'opposer au cessionnaire l'inexistence de la créance conformément à certaines décisions jurisprudentielles¹⁶⁴⁷.

581. Il est par ailleurs pertinent de préciser que la doctrine majoritaire et la jurisprudence accordent un sens large à l'expression utilisée par le législateur pour se référer aux types d'exceptions que le débiteur risque de perdre en cas d'acceptation de la cession. Ainsi, malgré la référence « aux rapports personnels », il ne paraît pas possible d'en déduire que le législateur ait voulu restreindre le champ d'application de la disposition aux exceptions dites personnelles ou extérieures à la créance afin d'exclure les exceptions dites « inhérentes » à la dette. En d'autres termes, et si l'on adoptait la distinction classiquement admise, l'acceptation du débiteur lui ferait perdre l'opportunité d'opposer les exceptions tant inhérentes qu'extérieures à la dette.

Le recours à l'expression « *rapport personnel* » prête effectivement à confusion : on aurait pu penser que la perte de l'opportunité d'opposer les exceptions serait restreinte aux exceptions dites personnelles¹⁶⁴⁸. A l'appui de cette interprétation, nous pouvons invoquer le nouvel article 1324 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 qui distingue entre « exceptions inhérentes » à la dette et exceptions « nées de ses rapports avec le cédant ».

Mais comme un auteur l'a souligné, les exceptions dites inhérentes à la dette naissent également des rapports personnels entre débiteur et créancier. De la sorte, la référence aux exceptions nées des « *rapports personnels* » ne paraît pas concluante quant à la détermination du type d'exceptions que le débiteur risque de perdre en cas d'acceptation dans le cadre de la cession Dailly¹⁶⁴⁹.

¹⁶⁴⁶ D. LEGEAIS, *Traité, Opérations de crédit, op. cit.*, n° 898, p. 498 ; F.-X. LICARI, « Une sûreté négative : La renonciation du débiteur cédé à ses exceptions », art. préc., n° 5 : « *Les exceptions opposables s'appuient sur divers fondements et font l'objet de multiples classifications doctrinales (...) nous retiendrons la classification tripartite suivante : les exceptions inhérentes à la créance, c'est à dire celles qui se transmettent avec la créance ; ainsi en est-il des modalités de paiement* » (nous soulignons).

¹⁶⁴⁷E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes, op. cit.*, n° 705, p. 430. Voir en ce sens l'arrêt que l'auteur cite : TA Strasbourg, 28 sept. 1993 ; *RJDA* 1994, n° 318, p. 261.

¹⁶⁴⁸ Certains auteurs font même référence au fait que l'acceptation du cédé priverait le débiteur de la faculté d'opposer au banquier les exceptions personnelles, sans qu'ils paraissent accorder à celles-ci une signification restreinte : Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire, op. cit.*, n° 730, p. 443 : « *Pour éviter ces incidents et renforcer sa position, le banquier cessionnaire peut demander au débiteur d'accepter la cession. Cette acceptation s'apparente, sans s'y assimiler totalement, à une acceptation cambiaire. Comme celle-ci elle prive le débiteur de la faculté d'opposer au banquier cessionnaire les exceptions personnelles qu'il avait contre le créancier d'origine* » (nous soulignons).

¹⁶⁴⁹ F. DANOS, « La notion d'exception inhérente à la dette en matière de cession de créance », art. préc.

582. Laissant de côté l'ambiguïté issue de l'expression utilisée¹⁶⁵⁰, la lecture des travaux préparatoires de la loi consacrant la cession Dailly¹⁶⁵¹ conforte plutôt l'idée d'une interprétation extensive. Autrement dit, l'acceptation du débiteur emporte la perte de l'opposabilité des exceptions inhérentes et extérieures à la dette. Cette solution est approuvée par la doctrine¹⁶⁵² comme par la jurisprudence¹⁶⁵³. Deux arguments peuvent être invoqués en faveur d'une telle solution : le premier est que cette disposition s'est inspirée du principe de l'inopposabilité des exceptions prévu en matière cambiaire où le législateur utilise exactement la même expression sans qu'elle soit comprise d'une façon restreinte¹⁶⁵⁴ ; le second est qu'une interprétation restrictive de la disposition irait à l'encontre de l'une des finalités de la loi qui consiste à renforcer la situation du banquier cessionnaire afin de faciliter effectivement la mobilisation des créances commerciales.

Par ailleurs, c'est précisément en raison de cette interprétation extensive de la perte de la possibilité d'opposer les exceptions qu'une partie de la doctrine s'est prononcée contre l'application d'une telle règle dans l'hypothèse de la cession d'une créance issue d'un marché public. Une telle

¹⁶⁵⁰ Voir expressément en ce sens : Ch. GIJSBERS, « Le nouveau visage de la cession de créance », art. préc., note 67 où l'auteur reconnaît expressément la perte de l'opportunité d'opposer les exceptions dites inhérentes à la dette en cas d'acceptation d'une cession Dailly malgré la rédaction maladroite de l'article L. 313-29 du CMF : « *Le régime est en revanche le même s'agissant des exceptions inhérentes à la dette qui, sous le régime de la loi « Dailly », restent opposables en toute hypothèse (sauf acceptation de la cession par le débiteur cédé.) v. C. mon. fin., art. L. 313-29, qui vise maladroitement « les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le signataire du bordereau ».*

¹⁶⁵¹ Loi n° 81-1 du 2 janvier 1981.

¹⁶⁵² Nous pouvons arriver à une telle conclusion dans la mesure où les auteurs affirment la perte de la possibilité d'opposer des exceptions du fait de l'acceptation sans faire aucune distinction entre les exceptions dites inhérentes à la dette et celles dites extérieures, exogènes ou encore personnelles : D. LEGEAIS, *Traité, Opérations de crédit, op. cit.*, n° 913, p. 508 ; Th. BONNEAU, *Droit bancaire, op. cit.*, n° 753, p. 558 qui précise seulement que le débiteur peut subordonner son acceptation à l'existence de la créance ou à toute autre condition et qu'il faudrait déterminer à ce moment-là la portée de la condition quant à l'engagement du débiteur ; E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles des créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes, op. cit.*, n° 700, p. 427 ; P. CROCQ, « L'efficacité incertaine de la cession Dailly », *Dr. et pat.* n° 106, juill. 2002 ; P. LE MAIGAT, « La protection du débiteur face au caractère occulte de la cession Dailly », *RDBF*, n° 2, mars 2002, étude 100015, spéc. nos 13, 14 et 15 ; F. DANNENBERGER, « Opposabilité des exceptions au cessionnaire de créances cédées par Bordereau Dailly », *JCP G*, n° 49, déc. 2005, II, 10172 qui affirme que « *le revers de la médaille pour le banquier cessionnaire tient à la faculté du débiteur cédé de lui opposer toute exception tirée du rapport fondamental le liant au cessionnaire, sauf acceptation de la part du débiteur cédé* », ce qui laisse donc entendre qu'en cas d'acceptation le débiteur de la créance cédée perd la possibilité d'opposer toute exception tirée du rapport fondamental le liant au cessionnaire.

¹⁶⁵³ Voir notamment : Cass. com. 8 fév. 1994, n° 92-13464, *Bull. civ.* IV, n° 55, p. 42 où en affirmant qu'en cas de simple notification et non d'acceptation de la cession le débiteur de la créance cédée ne perd pas la possibilité d'opposer les exceptions d'inexécution ou de compensation de dettes connexes la Cour reconnaît implicitement la perte de telles exceptions en cas d'acceptation conformément aux conditions prévues expressément par la loi. Voir dans le même sens : Cass. com. 15 juin 1993, n° 91-19677, *Bull. civ.* IV, n° 337 ; Cass. com. 27 fév. 2001, n° 97-21420, inédit, où la Cour de cassation approuve le raisonnement de la Cour d'appel selon lequel le débiteur d'une créance cédée retrouve, malgré l'acceptation de la cession, son droit d'opposer les exceptions issues de ses rapports personnels avec le cédant, l'exception d'inexécution en l'espèce, en raison du fait que le cessionnaire avait agi sciemment au détriment du débiteur ; Cass. com., 3 déc. 2002, n° 00-14704, inédit.

¹⁶⁵⁴ On peut lire dans les travaux préparatoires de la loi : « *Mais la proposition de loi prévoit que le débiteur pourra s'engager à payer directement la banque ou l'établissement financier. Dans ce cas, le débiteur ne sera plus en droit d'opposer à la banque ou à l'établissement financier les exceptions tirées de ses rapports personnels avec le signataire du bordereau, à moins bien entendu que la banque ou l'établissement financier, en acquérant ou en restituant le bordereau, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur ; c'est là le principe de l'inopposabilité des exceptions tel qu'il est affirmé par le droit cambiaire et plus précisément par l'article 121 du Code de commerce* » (E. DAILLY, Doc. Sénat, n° 324, p. 18) ; Th. BONNEAU, *Droit bancaire, op. cit.*, n° 753, p. 558 ; J. STOUFFLET, « Propos sur la transmission des créances », art. préc., n° 5, p. 516.

solution impliquerait que la personne publique s'engage à payer la banque cessionnaire, quelle que soit la qualité des prestations fournies dans le cadre d'un marché public¹⁶⁵⁵.

583. Il convient de souligner, enfin, que l'acceptation du débiteur est tout de même encadrée, ce qui permet de lui garantir un *minimum* irréductible de protection. En effet, le législateur a prévu qu'il doit s'agir d'une acceptation expresse qui ne peut intervenir qu'après la cession¹⁶⁵⁶. En d'autres termes, une acceptation anticipée de la cession n'est pas envisageable¹⁶⁵⁷. En outre, le débiteur peut accepter la cession en manifestant des réserves, à la différence de la solution adoptée dans le cas de l'acceptation d'une lettre de change, par exemple¹⁶⁵⁸.

584. A côté de l'inopposabilité de certaines exceptions liées à la personne du créancier originaire et de la perte de l'opportunité d'opposer certaines exceptions liées à l'acte d'acceptation ou à la prise d'acte de la cession, la renonciation du débiteur à l'opposabilité des exceptions apporte également un tempérament important au principe de non-aggravation de la situation du débiteur du fait de la cession.

c) La renonciation du débiteur à l'opposabilité des exceptions

585. Si la prise d'acte ou l'acceptation de la cession de créance en droits communs français et colombien entraîne la perte pour le débiteur de l'opposabilité de la compensation, et si une telle

¹⁶⁵⁵ G. ECKERT, « Des difficultés résultant de l'application de la loi Dailly aux marchés publics », *JCP G*, n° 50, 13 déc. 1995, II, 22552, spéc. p. 6 et 7. Cela explique les modifications introduites par les lois du 28 juillet 2008 et 17 février 2009 relatives aux conditions de l'acceptation d'un bordereau établi à l'occasion d'un contrat de partenariat public-privé : D. LEGEAIS, « Crédit et titres de crédit », *RTD com.* 2008, n° 9, p. 834 s.

¹⁶⁵⁶ En ce qui concerne le caractère exprès de l'acceptation : Cass. com., 9 février 1999, n° 96-10419, *inédit*.

¹⁶⁵⁷ P. CROCQ, « Acceptation de la cession », *Lamy Droit des sûretés*, étude n° 262-59 : « Cet engagement ne peut avoir lieu qu'après la cession. La possibilité d'une acceptation anticipée a été, en effet, refusée par la Cour de cassation au motif que la cession ne prend effet à l'égard des parties qu'à la date apposée sur le bordereau de cession et qu'en conséquence, le cessionnaire ne peut, avant cette date, notifier la cession ou inviter utilement le débiteur à accepter celle-ci ». La jurisprudence va dans ce sens : Cass. com. 8 fév. 2000, n° 97-17627, *Bull. civ.* IV, n° 27, *RTD com.* 2000, p. 425, obs. M. Cabrillac ; *RDBF*, mars 2000, n° 2, p. 50, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard. Voir dans le même sens : Cass. com. 3 nov. 2015, n° 14-14373 ; *Dr. et pat.*, n° 258, mai 2016, p. 123, obs. A. Aynès.

¹⁶⁵⁸ D. LEGEAIS, *Traité, Opérations de crédit*, *op. cit.*, n° 908, p. 505 : « (...) D'autre part, à la différence de la lettre de change, l'acceptation conditionnelle du « Dailly » est possible. Il faudrait en déduire que le droit du cessionnaire contre le cédé est moins fort que celui du porteur de bonne foi contre le tiré. L'acceptation du bordereau ne pourrait pas faire naître d'engagement autonome » ; Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, *op. cit.*, n° 730, p. 443 ; Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, *op. cit.*, n° 753, p. 557 s. ; E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, *op. cit.*, n° 600, p. 426 : « L'acceptation du débiteur peut être conditionnelle et subordonnée à la bonne exécution du contrat générateur de la créance. Il peut assortir son acceptation d'une condition qu'il pourra opposer au cessionnaire » ; R. BONHOMME, *Instruments de crédit et de paiement*, *op. cit.*, n° 270 et s, p. 212. La jurisprudence va dans le même sens : Cass. com., 2 juin 1992, *Bull. civ.*, IV, n° 215, p. 151 ; *RTD com.* 1992, 841 ; *RDBB*, n° 34, 1992, p. 234 s., obs. Crédot et Gérard, dans le cas d'espèce l'acceptation portait engagement de payer dans les délais prévus par la facture. Sur cette dernière figurait la mention « solde payable à la livraison ». Or la livraison n'a jamais eu lieu. Le cessionnaire ne pouvait demander le paiement au débiteur cédé. Voir contre la possibilité que le débiteur puisse accepter la cession avec des réserves : D. AMMAR, note sous Cass. com. 8 fév. 1994 ; *JCP E* 1995, II, 707 qui exclut une acceptation assortie de réserves car selon l'article 6 de la Loi Dailly l'acceptation est un « engagement direct et abstrait, détaché de l'obligation initiale du cédant envers le cédé » ; RIPERT (G.) et ROBLLOT (R.), *Traité de droit commercial*, t. II., *op. cit.*, n° 2428-8.

acceptation est à l'origine de la perte d'opposabilité de toutes les exceptions dans le domaine de la cession Dailly, il convient de déterminer si le débiteur peut encore renoncer directement à l'opposabilité des exceptions. La doctrine majoritaire l'admet, tant en droit français qu'en droit colombien, sans toutefois approfondir la question. Les auteurs français semblent toutefois s'intéresser davantage à cette problématique que les auteurs colombiens.

586. La première observation en faveur de la possibilité de renonciation tient à la distinction entre la renonciation par le débiteur à l'opposabilité des exceptions et l'acceptation de la cession par le débiteur. Comme un auteur français l'a souligné¹⁶⁵⁹, l'acceptation a pour objet l'acte de cession alors que la renonciation a pour objet les exceptions. Plus précisément, la renonciation est un acte abdicatif des exceptions nées du contrat générateur de la créance cédée alors que l'acceptation est un acte par lequel le débiteur reconnaît qu'il a connaissance de la réalisation de la cession. Cette différence de nature juridique explique que si le débiteur peut renoncer à l'opposabilité des exceptions dès l'existence de la créance, il ne peut accepter la cession avant sa réalisation. Une acceptation anticipée de la cession n'est pas admise¹⁶⁶⁰.

587. Ainsi envisagée, la validité de la renonciation par le débiteur à l'opposabilité des exceptions ne doit pas être remise en question¹⁶⁶¹. Une telle renonciation doit être admise sur le fondement de la liberté contractuelle puisque la règle de l'opposabilité des exceptions n'est pas d'ordre public¹⁶⁶². Plus précisément, dès lors que la règle de l'opposabilité des exceptions est reconnue par nos législations afin de protéger le débiteur contre les risques d'aggravation de sa situation du fait de la cession, le débiteur doit pouvoir renoncer à une telle faculté. Un auteur français a pu voir dans la renonciation du débiteur à l'opposabilité des exceptions une sorte de sûreté négative¹⁶⁶³.

Bien évidemment, une telle validité suppose non seulement que le débiteur ait agi de manière libre et consciente¹⁶⁶⁴, mais aussi que la renonciation respecte les limites établies par l'ordre

¹⁶⁵⁹ F.-X. LICARI, « Une sûreté négative : la renonciation du débiteur cédé à ses exceptions », art. préc., spéc. p. 61 ; J. FADDOUL, « Inopposabilité d'une cession Dailly portant une date postérieure à l'acceptation », *D.* 2000, p. 131.

¹⁶⁶⁰ Pour cette raison, en matière de cession de droit commun, on doit comprendre que le consentement anticipé évoqué à l'al. 1^{er} du nouvel article 1324 du Code civil ne concerne que le consentement pour lever l'interdiction de cession. Si ce consentement a été donné par avance, il faut tout de même notifier la cession au débiteur : v. *supra* n° 482.

¹⁶⁶¹ L'article 1257, al. 1^{er} de l'Avant-projet Catala disposait que « *Lorsqu'il accepte la cession par un acte écrit, le débiteur cédé peut expressément renoncer à opposer au cessionnaire tout ou partie des exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant* ».

¹⁶⁶² J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n° 305, p. 335 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1291, p. 1339. .

¹⁶⁶³ X. LICARI, « Une sûreté négative : la renonciation du débiteur d'une créance cédée à l'opposabilité des exceptions », art. préc., p.57 : « *Cette renonciation a pour but de garantir la sécurité de l'opération. Elle bénéficie donc en premier lieu au cessionnaire. En ce que ce mécanisme réside dans la limitation des droits du débiteur pour garantir ceux d'un tiers, le cessionnaire, on peut y voir une sûreté négative* ».

¹⁶⁶⁴ A. AYNES, note sous Cass. com. 3 nov. 2015, *Dr. et pat.*, n° 258, mai 2016, p. 124.

public¹⁶⁶⁵. Est-ce à dire qu'une telle renonciation doit obéir à des formalités strictes ? Nous ne le pensons pas. Cependant, compte tenu du fait que la renonciation aggrave la situation du débiteur, certaines conditions doivent tout de même être remplies.

588. Précisons tout d'abord que la renonciation peut résulter d'un acte unilatéral du débiteur ou bien d'une convention conclue entre celui-ci et le cédant¹⁶⁶⁶. De plus, même si l'hypothèse est rare, il se peut qu'une telle renonciation résulte également d'un accord entre le débiteur et le cessionnaire. La doctrine classique considère que la renonciation est un acte juridique unilatéral¹⁶⁶⁷ ; cependant, certains auteurs contestent cette conception¹⁶⁶⁸. Sans entrer dans ce débat, il nous semble important d'indiquer, avec ceux qui contestent l'unilatéralité de la renonciation, que l'existence d'une volonté abdicative suffirait à la qualification de renonciation¹⁶⁶⁹. Si la renonciation ne doit pas nécessairement obéir à une forme particulière (elle peut effectivement être tacite¹⁶⁷⁰), il est en revanche indispensable qu'elle soit intelligible. En cas de doute, et précisément en raison du but de protection qui doit guider l'interprétation des règles concernant la situation du débiteur, il existe de très forts risques que le juge

¹⁶⁶⁵ F.-X. LICARI, « Une sûreté négative : la renonciation du débiteur cédé à ses exceptions », art. préc., spéc. p. 64 : « *Le débiteur cédé ne peut abdiquer que les droits auxquels il est licite de renoncer. Ainsi, s'il peut renoncer par exemple à opposer l'exception d'inexécution, il ne peut renoncer à exciper du caractère illicite ou immoral de l'objet ou de la cause du contrat générateur de créance (C. civ. art. 6)* ». De telles limitations auront encore lieu malgré la réforme du droit du contrat et la suppression du mot « cause ». En effet, la sous-section 3 de la section 2 relative à la validité du contrat précise effectivement que le contrat doit avoir un contenu licite et certain (art. 1128). Plus précisément, le nouvel article 1162 dispose que les stipulations des parties ne peuvent pas déroger à l'ordre public. En ce qui concerne le droit colombien, l'article 1524, concernant la cause des obligations, dispose que l'une des conditions de validité de l'obligation est l'existence d'une cause réelle et licite. La cause illicite serait celle contraire à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

¹⁶⁶⁶ F.-X. LICARI, « Une sûreté négative : la renonciation du débiteur cédé à ses exceptions », art. préc., spéc. n° 3.

¹⁶⁶⁷ P. RAYNAUD, « La renonciation à un droit, sa nature, son domaine en droit civil », art. préc., n° 13 bis, p. 774 ; D. HOUTCIEFF, V° « Renonciation », *Encyclopédie Dalloz civil*, mars 2012, spéc. n° 8 : « *Essentiellement abdicative, la renonciation est aussi intrinsèquement unilatérale : elle repose sur une unique volonté* ».

¹⁶⁶⁸ F. DREIFUSS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, op. cit., spéc. n° 35 et s ; F.-X. LICARI, « Une sûreté négative : la renonciation du débiteur cédé à ses exceptions », art. préc. ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, op. cit., n° 929, p. 1940. Cette conception semble d'ailleurs confortée par l'article 30 de la loi 1676 du 20 août 2013 concernant les garanties mobilières en droit colombien : « *Sauf pacte contraire, le débiteur de la créance pourra opposer contre le cessionnaire ou créancier garanti toutes les exceptions dérivées du contrat initial ou d'un autre contrat faisant partie de la même opération, qu'il aurait pu opposer au garant* ». Voir également en ce sens l'article 19, al. 1^{er} de la Convention CNUDCI disposant que « *Le débiteur peut convenir avec le cédant, par un écrit qu'il signe, de ne pas opposer au cessionnaire les exceptions et droits à compensation qu'il pourrait invoquer en vertu de l'article 18. Une telle convention empêche le débiteur d'opposer au cessionnaire ces exceptions et droits à compensation* ».

¹⁶⁶⁹ F. DREIFUSS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, op. cit., spéc. 47, p. 57 : « *Tout acte juridique exprimant une véritable volonté abdicative sera qualifié de « renonciation » au sens large, l'unité se faisant autour de la manifestation de volonté de renoncer, non de l'acte juridique de renonciation* » ; F.-X. LICARI, « Une sûreté négative : la renonciation du débiteur cédé à ses exceptions », art. préc., spéc. n° 3.

¹⁶⁷⁰ E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 454 ; F.-X. LICARI, « Une sûreté négative : la renonciation du débiteur cédé à ses exceptions », art. préc., p. 62. Certains auteurs semblent néanmoins refuser la possibilité d'une renonciation tacite : M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, op. cit., n° 484, p. 338 : « *Le système ainsi proposé s'inspire de celui consacré en matière de cession de créances professionnelles, mais s'en distingue néanmoins du point de vue formel : en droit commun la renonciation devrait être expresse et d'interprétation stricte, tandis que la seule mention « Acte d'acceptation de la cession d'une créance professionnelle » suffit à priver le débiteur de toutes ses exceptions* ».

refuse de reconnaître la renonciation¹⁶⁷¹ ; c'est pourquoi une telle renonciation, en matière de cession de créance de droit commun, ne résulte pas de la simple acceptation de la cession par le débiteur¹⁶⁷².

C'est peut-être en raison de ce besoin de protection du débiteur que la disposition prévue à l'article 111 de la première mouture du projet de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats a été abandonnée. Celui-ci prévoyait que « *Lorsque le débiteur intervient à la cession, il doit signaler toutes les exceptions dont il a connaissance. À défaut, le débiteur est présumé y avoir renoncé* »¹⁶⁷³. Le maintien d'une telle disposition aurait entraîné une aggravation de la situation du débiteur ce qui aurait été contraire à la règle selon laquelle la cession de créance doit être neutre pour le débiteur. C'est pourquoi le choix des rédacteurs de l'ordonnance de consacrer la règle de l'opposabilité des exceptions par le débiteur sans la conditionner à une quelconque réserve doit être approuvé.

Cependant, une exception à la règle du caractère non formel de la renonciation mérite d'être soulignée : il s'agit de la renonciation aux exceptions en matière de cession Dailly. Il convient de déterminer si, en dehors de l'acceptation prévue à l'article L. 313-29 du Code monétaire et financier, le débiteur peut renoncer, par d'autres moyens, à l'opposabilité des exceptions. Une réponse négative semble s'imposer. Le formalisme exigé s'explique notamment par le besoin de protection du débiteur. De la sorte, admettre que celui-ci puisse renoncer à l'opposabilité des exceptions par d'autres moyens que celui de l'acceptation par le biais d'un acte écrit dans les termes prévus par le législateur mettrait en péril une telle protection¹⁶⁷⁴. Dans l'hypothèse de la cession Dailly, il ne paraît donc pas pertinent d'accorder au débiteur la possibilité de renoncer à l'opposabilité des exceptions par d'autre moyen que celui prévu par le législateur pour l'acceptation de la cession¹⁶⁷⁵.

589. Ensuite, il n'est pas opportun d'admettre que le débiteur puisse renoncer à opposer les exceptions dont il n'aurait pas encore connaissance au jour de son acceptation. Il est vrai que certains auteurs se montrent favorables à cette idée¹⁶⁷⁶. Cependant, si l'on considère que la renonciation est un acte abdicatif et, par conséquent, qu'elle ne peut avoir lieu qu'une fois que la créance existe et qu'elle doit être faite en connaissance de cause, on voit mal comment le débiteur pourrait renoncer à des

¹⁶⁷¹ Cass. com., 3 déc. 2002, n° 00-14704, inédit.

¹⁶⁷² J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, n° 374, p. 372 : « *Le débiteur peut renoncer à l'opposabilité des exceptions, à condition que cette renonciation soit claire. Dans la cession de créance civile, cette renonciation ne résulte pas de la seule acceptation de la cession* ». La jurisprudence ancienne se prononçait déjà en ce sens : Cass. civ. 2 août 1847, *DP* 1847. 1. 315, S. 1847.1. 705 (acceptation de la cession, pas de renonciation) ; Cass. civ. 19 avr. 1854, *DP* 1854. 1. 145 (renonciation).

¹⁶⁷³ Projet de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats du 11 février 2011.

¹⁶⁷⁴ Cass. com. 29 octobre 2003, *RTD com.* 2004, 137, note de M. Cabrillac.

¹⁶⁷⁵ X. LICARI, « Une sûreté négative : la renonciation du débiteur d'une créance cédée à l'opposabilité des exceptions », art. préc., p. 63.

¹⁶⁷⁶ M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, *op. cit.*, n° 483, p. 337 qui considère que le débiteur peut renoncer à opposer les exceptions dont il n'aurait pas encore connaissance au jour de son acceptation pourvu que la clause soit claire à ce sujet.

exceptions dont il n'a pas connaissance¹⁶⁷⁷. D'ailleurs, l'article 111 de l'avant-projet de la Chancellerie confortait notre position : une fois posée la règle selon laquelle l'intervention du débiteur à l'acte de cession sans réserve fait présumer qu'il renonce à l'opposabilité des exceptions dont il a connaissance, le troisième alinéa de la disposition prévoyait que le débiteur peut aussi expressément renoncer à opposer ces exceptions au cessionnaire. Le recours à l'adverbe « aussi » et à l'adjectif démonstratif « ces » porte à croire que les exceptions prises en compte sont celles dont le débiteur a connaissance, comme mentionnées dans l'alinéa premier¹⁶⁷⁸.

590. Différents instruments internationaux confortent l'idée non seulement de la validité de la renonciation de la part du débiteur à l'opposabilité des exceptions contre le cessionnaire, mais aussi celle de la nécessité de garantir une protection suffisante du débiteur. Par exemple, l'article 19 de la Convention de Nations Unies sur la cession de créances dispose que le débiteur peut s'engager par avance et par écrit à ne pas opposer des exceptions au cessionnaire. L'exigence d'un écrit et d'une signature s'expliquent par le besoin de protéger suffisamment le débiteur. La modification d'une telle convention doit obéir aux mêmes conditions. Dans tous les cas, une telle renonciation n'est pas sans limite. En effet, le débiteur ne peut renoncer aux exceptions découlant de manœuvres frauduleuses du cessionnaire, ni aux exceptions fondées sur son incapacité.

591. Puisque la renonciation du débiteur à l'opposabilité des exceptions doit résulter d'un acte qui ne laisse pas place aux doutes, il convient donc d'admettre que dans l'hypothèse où le débiteur est appelé à donner son consentement à la cession¹⁶⁷⁹, un tel consentement ne doit pas entraîner par lui-même la perte de la possibilité pour le débiteur d'opposer les exceptions. En d'autres termes, la portée d'un tel consentement doit être limitée à la seule reconnaissance par le débiteur de la réalisation

¹⁶⁷⁷ A. AYNES, note sous Cass. com. 3 nov. 2015, n° 14-14373, *Dr. et pat.*, mai 2016, n° 258, p. 124 qui affirme que le refus d'une acceptation anticipée en matière de cession Dailly s'explique par l'impossibilité de la faire en pleine connaissance de cause : la raison en est qu'il peut avoir des exceptions naissant jusqu'au moment de la cession. Ce qui laisse entendre *in fine* que pour cet auteur, pour que la renonciation soit valide, elle doit avoir été faite en parfaite connaissance de cause des exceptions auxquelles renonce le débiteur.

¹⁶⁷⁸ Cependant M. Julienne n'est pas d'accord avec cette analyse. Il affirme qu'une telle interprétation n'apporte rien car si la renonciation peut être tacite, elle peut *a fortiori* être expresse (M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, *op. cit.*, n° 483, p. 337, note 3). Cependant, nous croyons qu'indépendamment du fait qu'une interprétation puisse avoir lieu sans besoin d'une consécration expresse du législateur n'est pas un argument déterminant pour refuser d'accorder un sens particulier à une règle. D'ailleurs, il est possible de considérer que les rédacteurs de l'avant-projet, en disposant que « le débiteur peut aussi expressément renoncer à opposer ces exceptions au cessionnaire » plus qu'insister sur le type d'exceptions pouvant être opposées par le débiteur ont voulu insister sur la possibilité pour le débiteur de renoncer à l'opposabilité des exceptions par un acte intervenu entre lui et le cessionnaire directement.

¹⁶⁷⁹ En raison de la consécration d'une clause d'incessibilité par exemple, hypothèse visée par l'alinéa quatrième de l'article 1321 de l'ordonnance du 10 février 2016.

de la cession. Pour que l'on puisse conclure à la renonciation à l'opposabilité des exceptions, un acte militant en ce sens est indispensable, même s'il ne s'agit pas d'un acte exprès¹⁶⁸⁰.

592. A côté des mesures preventives, les systèmes juridiques français et colombien sont riches d'un ensemble de mesures ayant vocation à être appliquées une fois la cession réalisée. Ce sont des mesures que l'on peut qualifier de « palliatives » dès lors qu'elles atténuent le risque d'aggravation de la situation du débiteur du fait de la cession, sans pour autant mettre le débiteur complètement à l'abri des inconvénients que cette opération peut entraîner à son égard.

En dépit de la variété de ces mesures, il nous a paru possible de les regrouper dans deux grandes catégories : la première regroupe les mesures tendant à garantir l'établissement d'un lien officiel entre le débiteur et le cessionnaire telles que la notification, l'acceptation ou la prise d'acte de la cession par exemple ; la seconde catégorie concerne la consécration du principe de la non aggravation de la situation du débiteur qui réunit des mesures relatives au maintien du contenu et à la réalisation de la créance, la règle de l'opposabilité des exceptions et le refus de la création d'obligations supplémentaires à la charge du débiteur.

Cependant, à l'instar des mesures préventives, les mesures palliatives ne sont pas non plus complètement infaillibles. Les tempéraments au principe de non aggravation de la situation du débiteur en témoignent. Il en est ainsi par exemple de l'inopposabilité au cessionnaire de certaines exceptions, soit parce que ce sont des moyens de défense qui ne peuvent être opposés qu'au créancier originaire, soit parce que le législateur a considéré, pour des raisons d'opportunité, que le débiteur ne doit pas pouvoir les opposer au cessionnaire, soit parce que le débiteur renonce à la faculté de les opposer.

593. **CONCLUSION DE LA SECTION II.** Différentes mesures s'avèrent pertinentes pour garantir la protection du débiteur contre les risques que la cession peut entraîner à son égard. Certaines d'entre elles peuvent être qualifiées de « préventives » étant donné qu'elles ont une vocation naturelle à agir en amont de la réalisation de la cession : c'est le cas des restrictions légales et des restrictions conventionnelles à la libre cessibilité des créances. Néanmoins, aucune de ces restrictions n'assure une protection absolue du débiteur, d'où la nécessité de consacrer d'autres mesures dites « palliatives ».

¹⁶⁸⁰ Voir à propos de la nécessité d'accorder une portée limitée au consentement du débiteur dans l'hypothèse de la stipulation d'une clause d'incessibilité : S. RAIMOND, « La cession de créance : le rôle du consentement du débiteur (Projet, art. 1332 et 1335) », *Projet de Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, analyses et propositions*, art. préc., p. 117 : « Il serait bon, par ailleurs, de préciser, au texte de l'article 1335, que l'acceptation peut intervenir à tout moment, et donc pas seulement à la date de l'acte. Enfin, pourquoi ne pas admettre que le cédé, en connaissance de cause, renonce à invoquer les exceptions inhérentes à la créance ou antérieures à la date d'opposabilité à son égard de la cession ? Dans ce sens, il faudrait donc plutôt distinguer le « consentement » du débiteur (à l'inopposabilité de toutes les exceptions) et son « acceptation » (qui n'a d'effet qu'en matière d'opposabilité de l'acte ». Il convient néanmoins de préciser que l'auteur considère que la renonciation à l'opposabilité des exceptions devrait résulter d'un acte exprès.

Ainsi, l'établissement d'un lien officiel entre le débiteur et le cessionnaire, ou encore la reconnaissance du principe de non aggravation de la situation du débiteur du fait de la cession, visent précisément à protéger le débiteur une fois que la cession de créance a eu lieu. Par exemple, la mise en relation du débiteur et du cessionnaire cherche à empêcher que celui-ci ne s'expose au risque d'un paiement non libératoire. De même, la consécration du principe général de non aggravation de la situation du débiteur a pour finalité de garantir non seulement que le contenu de la prestation due reste le même, mais également que le débiteur ne voit pas non plus ses charges aggravées du fait de la cession. Nonobstant leur nécessité et leur utilité, les mesures palliatives ont des limites, tout comme les mesures préventives. La protection organisée en faveur du débiteur ne sera jamais absolue.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

594. Conformément aux analyses retenues tout au long de ce chapitre, il ne paraît pas possible de remettre en question l'absence de neutralité de la cession à l'égard du débiteur de la créance cédée. La cession de créance comporte de nombreux risques pour celui-ci : du risque de réaliser un paiement non libératoire en raison de la méconnaissance du véritable titulaire, jusqu'au risque de modification des conditions d'exécution de la prestation, en passant par le risque de se voir imposer de nouvelles obligations et charges comme conséquence de la cession. C'est précisément la raison pour laquelle le débiteur de la créance cédée non seulement mérite, mais plus encore, nécessite une protection spéciale.

La loi, la jurisprudence et la doctrine sont de plus en plus conscientes d'une telle nécessité. A côté des mesures plus ou moins classiques, telles que l'information du débiteur de la réalisation de la cession (qui, à vrai dire, est plus qu'une simple information puisqu'elle permet l'établissement du lien entre le débiteur et le cessionnaire), ou les restrictions légales à la libre cessibilité de la créance, il existe d'autres dispositifs qui commencent à acquérir une importance majeure. À titre d'exemple, on peut citer les restrictions conventionnelles à la libre cessibilité des créances ainsi que le remboursement des frais supplémentaires que la cession pourrait occasionner chez le débiteur ; mesures consacrées par la récente réforme du droit des obligations en droit français. En outre, la doctrine majoritaire et la jurisprudence sont réticentes à l'idée de créer une quelconque obligation d'information en faveur du tiers et à la charge du débiteur de la créance cédée, cela précisément dans un souci de protection de ce dernier. Par ailleurs, l'analyse du droit colombien a éveillé notre attention sur la nécessité de développer des mesures de protection du débiteur à caractère processuel, surtout dans les hypothèses de cession d'une créance litigieuse et de cession partielle de créance.

CONCLUSION DU TITRE I

595. Appréhender le débiteur de la créance cédée comme le sujet passif de la modification de l'obligation permet de mieux comprendre sa situation dans le cadre de la cession. Il apparaît alors que ni les qualifications de tiers ou de partie ni celle d'objet de la cession ne s'avèrent pertinentes pour expliquer l'ensemble des dispositions visant à organiser les rapports entre le débiteur de la créance cédée et le cédant, ainsi qu'entre celui-là et le cessionnaire. Ces analyses classiques ne font que troubler la lecture de telles dispositions car elles partent toutes du postulat que la cession n'est qu'un acte translatif. Ces analyses oublient pourtant que la cession, acte de transfert d'un bien, entraîne le changement du sujet actif d'un lien juridique, l'obligation.

Il convient donc de reconnaître que le débiteur de la créance cédée, sujet passif d'un lien juridique, se voit imposer un autre créancier en raison de la cession. En d'autres termes, le débiteur sera tenu envers une personne qu'il n'a pas originellement choisie comme créancier, en raison du transfert que son créancier originaire fait de la créance dans le patrimoine d'un tiers. Or, contrairement à ce qu'il est souvent affirmé, une telle opération n'est jamais neutre pour le débiteur. Le changement de créancier opéré par la cession peut effectivement aggraver la situation de celui-ci. C'est la raison pour laquelle nos systèmes juridiques prennent de plus en plus de mesures tendant à garantir la protection du débiteur ; il s'agit là d'une indispensable contrepartie de l'assujettissement du débiteur à la faculté de modification unilatérale de l'obligation reconnue au créancier. La finalité est donc de tenter de rendre l'opération de cession neutre à l'égard du débiteur, sachant qu'une telle neutralité n'existe pas originellement.

C'est ainsi que le législateur établit certaines restrictions légales à la libre circulation des créances et qu'il reconnaît, par principe, la validité des restrictions conventionnelles à cette libre circulation. C'est pour cette raison, encore, que le principe reste celui du maintien du contenu de la prestation et des conditions de son exécution. On a pu constater également un besoin grandissant de mesures de caractère processuel en vue de garantir une protection adéquate du débiteur dans les hypothèses spéciales de cession partielle d'une créance ou encore de cession d'une créance litigieuse. En outre, on a observé une réticence importante à la création de n'importe quel type d'obligation ou charge contre le débiteur en raison de la cession.

Toutes ces mesures sont indispensables à la protection du débiteur, mêmes si elles ne sont pas infaillibles. Le débiteur sera donc tenu de supporter certains désagréments du fait de la cession, ce qui ne constitue pas un obstacle au principe de la libre cessibilité des créances. La raison en est, comme nous l'avons évoqué, que la cause de l'obligation reste la même et, surtout, qu'il existe un intérêt majeur

à la libre circulation des créances étant donné que celles-ci représentent un actif économique important. Dans tous les cas, il convient de ne pas perdre de vue que toute la réglementation concernant les rapports entre le débiteur et le cédant, ainsi qu'entre le débiteur et le cessionnaire, est axée sur l'idée que la cession opère une modification unilatérale du lien d'obligation. La vision dualiste de la cession que nous proposons favorise cette analyse. Il reste donc à étudier le déroulement des rapports entre les parties et les tiers, ce qui va nous permettre de montrer que ces rapports sont, en revanche, plutôt orientés par l'idée de cession en tant qu'acte translatif d'un bien incorporel.

TITRE II

A L'ÉGARD DES PARTIES ET DES TIERS

596. Comme on l'a vu, la cession de créance entraîne une modification du rapport d'obligation à travers un changement de créancier. Il en résulte des conséquences particulières sur la situation du débiteur qui, plus précisément, se voit accorder un traitement spécial. Les dispositions relatives aux rapports entre le cédant, le cessionnaire et le débiteur en témoignent. Cependant, nous avons aussi montré que la cession de créance est un acte ayant pour finalité le transfert d'une créance. Dès lors, il convient de déterminer la façon dont se déroule la cession en tant que mécanisme permettant le transfert d'une créance, bien incorporel. A cette fin, il est nécessaire de bien distinguer le rapport entre le cédant et le cessionnaire, parties à l'acte de cession (**Chapitre I**), du rapport entre les parties et les tiers (**Chapitre II**).

Chapitre I

La cession *inter partes*

597. Afin de proposer une analyse la plus approfondie possible du rapport entre le cédant et le cessionnaire, il s'avère impératif d'aborder deux principales questions : en premier lieu, il s'agit de préciser quelles conditions doivent être réunies pour la conclusion de la cession de créance ; en second lieu, il s'agit de déterminer les effets d'une telle opération une fois qu'elle a été valablement conclue. Un examen des différentes dispositions relatives aux aspects mentionnés révèle que nos législateurs civils promeuvent la cession de créance (Section I) et que les effets de la cession entre les parties sont, quant à eux, encadrés (Section II).

Section I- La promotion de la cession

598. Tant en France qu'en Colombie, il est possible de constater que la conclusion de la cession de créance est encouragée. Nos législateurs civils reconnaissent en effet à toute personne la possibilité de réaliser une cession de créance de droit commun. Certes, comme nous l'avons souligné, quelques incapacités spéciales sont exceptionnellement prévues pour l'acquisition de certaines créances comme les créances litigieuses¹⁶⁸¹, mais en dehors de ces hypothèses, la cession de créance de droit commun peut être utilisée par tous. Avec la récente réforme du droit des obligations français, certains auteurs se sont posés la question de savoir si les personnes visées par les régimes spéciaux de cession pourront, à l'avenir, se prévaloir de la cession de créance de droit commun. Ils lui ont donné une réponse affirmative¹⁶⁸². Nous approuvons ce raisonnement. Le silence du législateur à propos d'une éventuelle interdiction aux parties de choisir le droit commun ou le droit spécial devrait leur permettre de rester libres d'adopter le régime qu'ils souhaitent, le plus favorable à leurs intérêts¹⁶⁸³.

599. Laissant de côté cet aspect, il est possible de constater qu'afin de promouvoir la cession, le législateur peut intervenir, tout d'abord, sur les conditions de fond de la cession (§1), et ensuite, sur ses conditions de forme (§2).

¹⁶⁸¹ V. *supra* n° 428 et s.

¹⁶⁸² Par exemple, dans le cas de la cession Dailly qui est réservée aux établissements de crédit : voir en ce sens l'art. L. 313-23 du Code monétaire et financier.

¹⁶⁸³ Ch. GIJSBERS, « Le nouveau visage de la cession de créance », art. préc., p. 51 qui cite, afin de la critiquer, une décision récente de la Cour de cassation en matière de gage dans laquelle la Haute juridiction judiciaire laisse entendre que dans certaines hypothèses les régimes spéciaux sont exclusifs du régime de droit commun.

§ 1- En raison de conditions de fond

600. Le principal signe de l'assouplissement des conditions de fond de la cession, en France comme en Colombie, est l'élargissement de l'objet de la cession, autrement dit, des créances pouvant être cédées. La reconnaissance de la possibilité pour un créancier de céder une créance non monétaire en témoigne (A). Il en est de même de l'admission du transfert des créances présentes, futures ou même litigieuses, permettant d'affirmer la cessibilité des créances incertaines (B). La reconnaissance explicite de la possibilité de céder une créance totalement ou partiellement conforte encore cette position, ou même de réaliser une cession globale (C).

A- *La cessibilité des créances non monétaires*

601. En France, il existe un débat important à propos de la possibilité de céder des créances non monétaires. Bien qu'aujourd'hui la doctrine majoritaire et la jurisprudence ne semblent pas remettre en question une telle possibilité, certains auteurs continuent néanmoins à émettre quelques réserves. En droit colombien, en revanche, le débat à ce sujet est peu important et on peut constater une acceptation de la cessibilité de créances de toute nature. Ainsi, et afin de nous convaincre du bien-fondé de la cessibilité des créances non monétaires, il sera question d'aborder en premier lieu les quelques doutes qui ont pu être exprimés quant à cette possibilité (1), avant d'étudier ensuite la levée de ces doutes (2).

1- *Les doutes*

602. Une partie minoritaire de la doctrine française remet en question la possibilité de céder une créance ayant pour objet l'exécution d'une prestation non monétaire. Différents arguments sont avancés par les partisans de cette conception. Tout d'abord, les créances non monétaires auraient un caractère personnel, ce qui constituerait un obstacle à leur exécution par le débiteur dans d'autres mains que celles du créancier originaire¹⁶⁸⁴. De plus, ces auteurs affirment que ce type de créances représenterait la prestation caractéristique du contrat et, par conséquent, leur cession entraînerait le transfert du contrat¹⁶⁸⁵. Enfin, ils considèrent qu'il est douteux de qualifier de biens les créances non

¹⁶⁸⁴ M. BILLIAU, J. GHESTIN ET G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Régime des créances et des dettes*, op. cit., n° 290, p. 308 : « En définitive, une créance n'est transmissible qu'à la condition d'avoir une correspondance en argent, c'est-à-dire de s'analyser comme une créance de somme d'argent. Il ne suffit donc pas qu'elle soit simplement évaluable en argent » ; M. BILLIAU, *La transmission des créances et des dettes*, op. cit., n° 18. Pour ces auteurs, les créances non monétaires seraient inséparables de la personne des obligés.

¹⁶⁸⁵ L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, op. cit., n° 29 qui considère que les prestations caractéristiques détermineraient la qualification du contrat qui les fait naître et, par conséquent, leur transfert affecterait le contrat lui-même ; J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations, Régime général*, 4^e éd., op. cit., n° 463, p. 456 : « En généralisant, il est permis de penser que les créances caractéristiques sont inséparables du contrat qui les a fait naître et que leur circulation relève donc de la cession du contrat. D'où il suit que la cession de créance ne concerne que les créances non caractéristiques, c'est-à-dire, pour l'essentiel, les créances monétaires ».

monétaires¹⁶⁸⁶. Cependant, comme nous le verrons ultérieurement, aucun de ces arguments ne sous paraît tout à fait convaincant et la reconnaissance de la possibilité de céder des créances non monétaires ne devrait pas être mise en cause.

2- La levée des doutes

603. En droit français, la possibilité de céder des créances non monétaires est admise par la doctrine majoritaire et confortée par la législation et la jurisprudence¹⁶⁸⁷. En ce qui concerne la doctrine, la plupart des auteurs reconnaissent que la cession peut porter sur tout type de créance¹⁶⁸⁸, indépendamment de son caractère monétaire ou non monétaire ; même s'ils admettent que les premières ont plus naturellement vocation à circuler¹⁶⁸⁹. Cette position trouve appui dans la législation.

En effet, le législateur français conforte la thèse de la cessibilité des créances non monétaires. Deux arguments peuvent être invoqués à l'appui de ce constat. D'une part, ni les anciens textes du Code Napoléon, ni les nouveaux textes issus de l'ordonnance du 10 février 2016, ne limitent l'objet de la cession aux créances monétaires. On peut en conclure que le législateur n'a pas voulu restreindre la cession de créance au seul domaine des créances monétaires¹⁶⁹⁰. D'autre part, l'interprétation *a contrario* de certaines dispositions en matière de droit spécial conforte la règle de la cessibilité des créances non monétaires. Ainsi, le fait que le législateur ait restreint la cession aux créances monétaires dans certains domaines, comme c'est le cas en matière de cession Dailly, par

¹⁶⁸⁶ J. FRANÇOIS, « Les créances sont-elles des biens », art. préc., n° 6, p. 153 : « Certes, la patrimonialité paraît incontestable si l'on raisonne sur les créances pécuniaires. Celles-ci ont une indéniable valeur économique, qui découle de la prestation qui en est l'objet, à savoir le paiement d'une somme d'argent ; elles sont corrélativement dotées, du moins en principe, des attributs patrimoniaux traditionnels que sont la cessibilité et la transmissibilité. Malheureusement, les certitudes s'évanouissent si l'on considère les créances en nature ».

¹⁶⁸⁷ Voir à propos de la possibilité de céder une créance issue d'une obligation de faire résultant d'un pacte de préférence : Cass. civ. 3^e, 4 janvier 1995, *Bull. civ.*, III, n° 8. La Cour traite une telle hypothèse comme s'il s'agissait d'une cession de créance. Indépendamment des critiques quant à la qualification de l'opération, ce qu'il importe de signaler est que la Cour conforte la thèse de la possibilité de céder une créance autre qu'une somme d'argent.

¹⁶⁸⁸ O. AUDIC, *Les fonctions du document en droit privé*, Préf. Ph. Delebecque, LGDJ, 2004, n° 375, p. 297 qui admet la possibilité de céder la créance de restitution dans le cas d'un dépôt : « Il est donc officiellement impossible au déposant-crédancier de la prestation de céder à un tiers son « droit à restitution » en lui transmettant son ticket, car son nom figure sur le document. Dans toutes ces hypothèses, la cession du droit ne pourra donc intervenir que par l'intermédiaire d'une signification au débiteur ou d'une acceptation de sa part dans un acte authentique, c'est-à-dire en respectant les dispositions de l'article 1690 du Code civil, ce qui semble pratiquement inconcevable » ; Ph. VAN STEENLANDT, *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, *op. cit.*, n° 62, p. 48 et s.

¹⁶⁸⁹ A. BENABENT, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 698, p. 542 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 1410, p. 797 qui, de façon paradoxale, signalent que la cession peut avoir pour objet une créance de sommes d'argent, ou toute autre créance, pour signaler ensuite qu'il est possible de céder le droit au bail mais que ce qui est cédé est alors la qualité de locataire ; bien que la jurisprudence y voie une cession de créance, ce genre de cession relève de la cession de contrat synallagmatique, et non de la cession de créance puisque le locataire est à la fois créancier (de la jouissance des lieux) et débiteur (des loyers) ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1278, p. 1325-1326 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Régime général*, *op. cit.*, n° 20, p. 10 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *obligations*, *op. cit.*, n° 1112 ; Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 824, p. 658.

¹⁶⁹⁰ Ch. GIBBSERS, « Le nouveau visage de la cession de créance », art. préc., p. 51.

exemple¹⁶⁹¹, devrait être interprété comme la reconnaissance d'un principe de cessibilité de tout type de créance sauf disposition contraire¹⁶⁹².

Certains auteurs avancent deux arguments additionnels au soutien de la cessibilité des créances non monétaires au regard, notamment, de l'ordonnance du 10 février 2016. Le premier argument est l'abandon de l'exigence du consentement du débiteur pour la conclusion de la cession dans le cas d'une créance pour laquelle la personne du créancier est déterminante pour le débiteur ; une exigence qui était prévue à l'article 1332 du projet d'ordonnance de 2015. Etant donné que c'est précisément dans le cas de créances non monétaires que le caractère *intuitu personae* joue un rôle plus important, la suppression de la nécessité du consentement du débiteur dans une telle hypothèse témoignerait du principe de cessibilité de ce type de créances. Le second argument invoqué est qu'en reconnaissant expressément l'obligation pour le cédant et le cessionnaire de rembourser les frais supplémentaires occasionnés par la cession au débiteur, sans distinguer entre créance monétaire et non monétaire, le législateur aurait implicitement entériné la cessibilité de ces dernières¹⁶⁹³.

Pour sa part, la jurisprudence semble reconnaître également la validité de la cession d'une créance non monétaire. L'admission de la possibilité de céder un bail à l'initiative du preneur va en effet dans ce sens. Il est vrai qu'une telle opération se rapproche davantage du mécanisme de la cession du contrat¹⁶⁹⁴. Cependant, cette décision révèle que la jurisprudence n'est pas hostile, à tout le moins d'un point de vue théorique, à la reconnaissance de la cessibilité de tout type de créances. En outre, d'anciens arrêts acceptent, par exemple, la possibilité de céder une créance de livraison de marchandises sans pour autant considérer que l'objet d'une telle cession était la propriété de celles-ci¹⁶⁹⁵.

D'ailleurs, la cessibilité des créances non monétaires paraît s'inscrire dans un mouvement plus vaste de reconnaissance de la possibilité de réaliser différentes opérations sur des créances non monétaires, tel le nantissement. D'aucuns ont pu en effet démontrer non seulement la possibilité mais

¹⁶⁹¹ J. FRANÇOIS, « Les créances sont-elles des biens », art. préc., n° 6, p. 153 : « *La cession de créance n'intéresse guère en pratique que les créances monétaires (elle leur est parfois réservée) et l'on peut se demander si cette restriction n'est qu'accidentelle, ou si elle traduit au contraire une donnée juridique sous-jacente* ». L'auteur précise que la cession Dailly concerne l'une des hypothèses dans laquelle la cession est restreinte aux créances monétaires car l'article L. 313-23 du CMF suppose que la créance soit évaluée ou évaluable en argent (art. préc., note 19). L'auteur cite également le cas de la provision qui s'entend d'une créance pécuniaire (art. L. 511-7 du Code de commerce) et des copies exécutoires à ordre qui sont relatives à des créances de sommes d'argent (art. 5-3° L. n° 76-519 du 15 juin 1976).

¹⁶⁹² V. EGEE, « La circulation d'une créance non monétaire », *D.* 2012, p. 2111, spéc. n° 12.

¹⁶⁹³ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 857, p. 734.

¹⁶⁹⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op. cit., n° 1410, p. 797 ; Ch. GIJSBERS, « Le nouveau visage de la cession de créance », art. préc. p. 51.

¹⁶⁹⁵ Req. 30 janv. 1865, S. 1865, 1, 403 cité par M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, op. cit., n° 622 et s., p. 428 et s.

surtout l'intérêt d'admettre un nantissement ayant pour objet, par exemple, une créance de délivrance¹⁶⁹⁶, ou encore des créances translatives¹⁶⁹⁷.

604. En somme, la cessibilité des créances non monétaires est largement admise en droit français, même si certains auteurs ne cessent d'exprimer quelques doutes. La propension à une appréhension très large de l'objet de la cession peut s'expliquer pour deux raisons : la première raison est que la créance est un bien et, en tant que tel, est susceptible de circuler ; la seconde raison est que la créance est un bien par principe détachable de l'acte lui ayant donné origine. Il convient à présent d'analyser l'état de la question en droit colombien.

605. De prime abord, on peut noter qu'à l'instar du droit français, la doctrine majoritaire colombienne ne remet pas en question la cessibilité des créances non monétaires¹⁶⁹⁸ ; toutefois, force est d'admettre que cette reconnaissance est le résultat d'un débat doctrinal moins abouti que celui qui existe au regard du droit français. Néanmoins, on peut relever certains arguments qui militent en faveur de la cessibilité des créances non monétaires encore plus forts en droit colombien que ceux esquissés en droit français.

En premier lieu, on l'a vu, le législateur colombien accorde expressément la qualité de « bien incorporel » à la créance, indépendamment du caractère monétaire ou non de la prestation¹⁶⁹⁹.

En deuxième lieu, la reconnaissance de la viabilité de la cession d'une créance non monétaire, par exemple une créance translative, peut être admise plus aisément en droit colombien qu'en droit français car le débat à propos de la réalité de l'obligation de donner ne s'y pose pas¹⁷⁰⁰. L'obligation de donner existe bel et bien en droit colombien où le transfert n'est pas considéré comme un simple effet du contrat. Aucun obstacle théorique n'existe donc à l'admission d'une cession de créance ayant pour objet, par exemple, une créance translative.

En troisième lieu, le législateur a reconnu expressément la possibilité que les créances non monétaires puissent faire l'objet d'une cession dans le domaine de la cession de créance à titre de garantie. Certes, tel que cela a été dénoncé par un auteur, les rédacteurs des dispositions relatives à ce type spécial de cession ont donné une définition restreinte de la créance en disposant qu'il s'agit « *du*

¹⁶⁹⁶ M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, *op. cit.*, n°569 et s., p. 390 et s.

¹⁶⁹⁷ Ph. CHAUVIRE, *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens*, *op. cit.*, n° 262, p. 169-170.

¹⁶⁹⁸ H. D. VELASQUEZ GOMEZ, *Estudio sobre obligaciones*, *op. cit.*, n° 538, p. 1022 qui reconnaît expressément la possibilité pour le vendeur de céder sa créance du prix ainsi que celle de l'acheteur de céder sa créance lui donnant droit au transfert issu du contrat de vente sans que cela implique nécessairement la cession du contrat.

¹⁶⁹⁹ V. *supra* n° 69 et s. et n° 178 et s.

¹⁷⁰⁰ En effet, l'un des obstacles les plus importants à la reconnaissance de la cessibilité ou du nantissement d'une créance translative en droit français semble être la remise en question de la réalité de l'obligation de donner : M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, *op. cit.*, n° 610 et s., p. 421 et s.

droit du garant de demander ou de recevoir le paiement d'une somme d'argent à un tiers»¹⁷⁰¹. D'après cette définition, les créances monétaires seraient les seules à pouvoir faire l'objet d'un transfert. Cependant, plus loin, le législateur fait référence à la cession ayant pour objet une créance issue d'une obligation qui ne porte pas sur une somme d'argent. Il est précisé que les règles relatives à la constitution, à l'opposabilité, au classement des créanciers et à l'exécution sont applicables à ce type spécifique de cession pourvu qu'elles soient compatibles avec la nature de la créance cédée¹⁷⁰². Ces précisions confortent la thèse de la cessibilité des créances non monétaires en droit colombien¹⁷⁰³.

606. De notre point de vue, la cessibilité des créances non monétaires ne devrait pas être remise en question ni en droit français ni en droit colombien. Certes, les opérations sur créances portent davantage sur des créances monétaires. La tendance à restreindre le champ d'application de la cession aux créances monétaires pourrait s'expliquer par le fait que le régime général des obligations, dans nos législations civiles, semble avoir été exclusivement pensé pour les obligations monétaires¹⁷⁰⁴. Mais ce constat ne signifie pas que les créances non monétaires ne peuvent être l'objet de telles opérations. Comme un auteur français l'a bien souligné, la cessibilité d'une créance non monétaire dépend plus de la fongibilité de la créance que du caractère monétaire ou non de celle-ci¹⁷⁰⁵. De la sorte, il faudrait déterminer dans chaque cas spécifique s'il est possible de substituer le créancier de la créance sans qu'une telle opération affecte, dans le cas de la cession d'une créance contractuelle, par exemple, le contrat lui-même d'où la créance est issue¹⁷⁰⁶. En toute hypothèse, il est indispensable de déterminer si la cession entraîne ou non une aggravation trop importante de la situation du débiteur. En cas de réponse affirmative, la cession ne devrait pas être admise¹⁷⁰⁷. De nombreux instruments européens et internationaux se révèlent très utiles à ce sujet. Par exemple, les Principes d'UNIDROIT

¹⁷⁰¹ Voir l'article 8 de la loi n° 1676 du 20 août 2013 relative aux garanties mobilières.

¹⁷⁰² Voir l'article 31 de la loi n° 1676 du 20 août 2013 relative aux garanties mobilières.

¹⁷⁰³ Voir en ce sens : M.-E. CAMACHO LÓPEZ, « La cesión de créditos en garantía, de acuerdo con la Ley 1676 de 2013 », art. préc., p. 168.

¹⁷⁰⁴ Voir en ce sens : M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, op. cit., n° 513, p. 357 : « Le nantissement de créances n'est habituellement envisagé qu'en matière monétaire, et cela n'a rien de surprenant dans la mesure où le régime général de obligations n'a été véritablement pensé que pour les créances de somme d'argent. On dit de ce corps de règles qu'il est indifférent à la source de l'obligation, mais on évoque plus rarement sa capacité à embrasser les créances en nature. En réalité, le droit français connaît surtout un régime général des obligations monétaires, et la réglementation du nantissement ne déroge pas à ce constat. L'article 2363 indique ainsi que le nanti peut percevoir seul le paiement de la créance « tant en capital qu'en intérêt », tandis que l'article 2364 traite des « sommes payées au titre de la créance nantie » et que l'article 2366 évoque l'hypothèse où il a été payé au créancier nanti « une somme supérieure à la dette garantie ». Rappr. V. EGEA, « La circulation d'une créance non monétaire », art. préc., n°1, p. 2111. Voir également l'article à propos de la possibilité de céder une créance d'indemnisation, même s'il s'agit d'une créance ayant pour objet la réparation d'un préjudice moral : A. PINNA, « La mobilisation d'une créance indemnitaire », *RTD civ.* 2008, 229.

¹⁷⁰⁵ V. EGEA, « La circulation d'une créance non monétaire », art. préc., spéc. n° 43.

¹⁷⁰⁶ Ch. GIBBERS, « Le nouveau visage de la cession de créance », art. préc., p. 51.

¹⁷⁰⁷ C'est ainsi que la cession d'une créance dans laquelle le secret professionnel joue un rôle fondamental ne devrait pas être admise automatiquement. Il s'agit d'une créance pour laquelle la personne du créancier est déterminante pour le débiteur et nonobstant le silence des parties quant à une éventuelle clause d'incessibilité ou d'agrément, il faudrait conclure à l'impossibilité de la cession en raison du caractère personnel de la créance.

reconnaissent expressément la possibilité de céder des créances non monétaires, mais une telle cessibilité reste conditionnée au fait de ne pas rendre l'obligation du débiteur plus onéreuse¹⁷⁰⁸. Les Principes du droit européen du contrat vont dans le même sens¹⁷⁰⁹.

607. Il est vrai que certaines codifications savantes, telle la Convention de la CNUDCI sur la cession de créance aux fins de financement, ne concernent que les créances monétaires¹⁷¹⁰. Une telle limitation ne doit toutefois pas être comprise comme une impossibilité « naturelle » des créances non monétaires de faire l'objet d'une cession. Il convient plutôt de comprendre qu'en raison des finalités envisagées par cette réglementation, les rédacteurs ont considéré qu'il était plus opportun de circonscrire la cession aux créances monétaires.

608. Outre la cessibilité des créances non monétaires, la tendance à l'assouplissement des conditions de conclusion de la cession de créance est confortée par la reconnaissance de la possibilité, en droit français et en droit colombien, de céder une créance incertaine.

B- *La cessibilité des créances incertaines*

609. Tant le droit français que le droit colombien reconnaissent expressément la possibilité de céder une créance litigieuse. On sait que le caractère litigieux de la créance est entendu de manière restrictive en matière de retrait : il est nécessaire de constater l'existence d'un procès au moment de la cession¹⁷¹¹. Cependant, la créance litigieuse est comprise d'une manière plus large dans d'autres cas.

Ainsi, les législateurs français et colombien admettent qu'une créance peut être considérée comme litigieuse dès qu'il existe une éventualité qu'elle fasse l'objet d'un procès. Il suffit donc que le droit soit considéré comme susceptible de donner lieu à une contestation¹⁷¹². C'est cette conception qu'il convient de prendre en compte lorsqu'il est question d'affirmer la possibilité pour le cédant de céder une créance litigieuse. La considération de ce type de cession est un signe révélateur d'une

¹⁷⁰⁸ Voir en ce sens les articles 9.1.1 et 9.1.3 des Principes d'UNIDROIT.

¹⁷⁰⁹ Voir en ce sens l'article 11:101 et les commentaires correspondants.

¹⁷¹⁰ Voir en ce sens l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international.

¹⁷¹¹ Mais comme nous l'avons précisé, on ne doit pas oublier que le droit français semble plus exigeant quant aux conditions nécessaires pour accorder le bénéfice du retrait en faveur du cessionnaire puisque les dispositions prévoient qu'outre l'existence du procès, il est nécessaire qu'il y ait contestation sur le fond du droit et que le procès n'ait pas été engagé par le débiteur de la créance cédée, condition qui n'est pas exigée en droit colombien.

¹⁷¹² E. SAVAUX, *Rép. civ.*, V° « Cession de droits litigieux », spéc., 35. Il s'agit d'ailleurs de la conception prise en compte par la jurisprudence afin de préciser les contours de l'incapacité spéciale d'acquiescer des droits litigieux établie à l'encontre de certaines personnes conformément à l'article 1597 du Code civil français : Req. 11 févr. 1851 : DP 1851. 1. 242. : « *La disposition de l'article 1597 du Code civil, fondée sur des considérations de morale publique, ne peut être restreinte ni limitée par les dispositions des articles 1699 et 1700 du même code, lesquelles ne règlent que le rachat de créance exercé par un débiteur contre le cessionnaire de son créancier, et limitent le droit de rachat au cas où il y a procès et contestation en cause déjà soulevés sur le fond du droit ; (...) la disposition de l'article 1597 (...) a évidemment un sens plus général et (...) elle s'applique non seulement au cas où le procès est déjà ouvert et la contestation déjà soulevée, mais même au cas où le droit cédé n'est encore que litigieux, c'est-à-dire de nature à donner lieu à un procès et à une contestation qui seraient ultérieurement portés devant le tribunal où siège le juge devenu cessionnaire de la créance* ».

appréhension large de l'objet de la cession par nos législateurs civils. En reconnaissant la cessibilité d'une créance litigieuse, ces derniers n'hésitent pas, nous semble-t-il, à franchir un pas important quant au degré de certitude admis pour que la cession de créance puisse se réaliser. La créance litigieuse entraîne effectivement un degré important d'incertitude : la possibilité pour le cessionnaire de bénéficier de la créance dépendra de l'issue d'un procès, laquelle est par nature incertaine¹⁷¹³. Les risques pour le cessionnaire de voir ses attentes déjouées sont alors relativement importants.

610. Mais si la reconnaissance de la cessibilité d'une créance litigieuse ne paraît présenter d'inconvénients majeurs au regard de nos législations, il n'en est pas de même quant à la possibilité de céder des créances dites futures. L'une des principales raisons de ce constat tient à la difficulté de déterminer ce qu'il convient de comprendre par créances futures. De nombreuses distinctions sont proposées afin de tenter d'expliquer ou de justifier les décisions jurisprudentielles rendues en la matière. Quelques auteurs distinguent entre les créances futures et les créances éventuelles, en concluant que si la cession des premières doit être admise, il ne devrait pas en être de même pour les secondes¹⁷¹⁴. La différence quant au degré de certitude de ces deux types de créances justifierait qu'on leur accorde un traitement distinct. A côté des créances futures et éventuelles, d'aucuns font référence aux créances en « germe ». L'on pourrait penser qu'il s'agit d'une catégorie distincte de celles mentionnées précédemment mais, comme nous le verrons par la suite, une telle conclusion ne s'impose pas avec la force de l'évidence. Nous pouvons donc constater que de nombreuses questions se posent autour de la cessibilité des créances dites futures et éventuelles. Le débat est loin d'être clos, en France comme en Colombie, même si la discussion est plus riche en droit français qu'en droit colombien.

611. Cependant, et indépendamment des divergences relatives aux distinctions proposées entre les créances futures et éventuelles, ainsi qu'entre ces dernières et les créances en germe par exemple, nous pouvons constater que la jurisprudence et la législation reconnaissent de plus en plus, à côté de la possibilité de céder des créances trouvant leur origine dans un acte ou dans un fait déjà intervenu, la possibilité de céder des créances prenant naissance dans un acte qui n'existe pas encore au moment de la cession. Cela témoigne d'une acceptation de la cessibilité d'une créance incertaine, à

¹⁷¹³ Certains auteurs n'hésitent pas à affirmer qu'il n'existe pas de différence entre une créance future et une créance litigieuse : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op.cit., n° 856, p. 733 : « Au demeurant, il n'existe guère de différence entre une créance future et une créance litigieuse, c'est son existence même qui est douteuse, ce qui n'a jamais empêché de la céder ». Pour la qualification de la cession d'une créance litigieuse en contrat aléatoire : J. LAURENT, *La propriété des droits*, op. cit., n° 452, p. 354.

¹⁷¹⁴ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, op. cit., n° 294, p. 311 : ces auteurs affirment que même si l'article 1130 du Code civil (ancien) semble admettre la cession d'une créance future, il paraît *a priori* difficile d'admettre la validité d'une cession d'un droit purement éventuel.

la condition qu'elle soit suffisamment identifiée. Aussi convient-il de préciser en premier lieu en quoi consiste la reconnaissance de la cessibilité d'une créance issue d'un acte existant ou inexistant au moment de la cession (1), avant d'aborder en second lieu la nécessité d'une suffisante détermination ou déterminabilité des créances (2).

1- *La cessibilité d'une créance issue d'un acte existant ou inexistant au moment de la cession*

612. Jusqu'à la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 en droit commun français de la cession de créance, il n'existait aucune disposition relative aux créances pouvant faire l'objet d'un transfert. Ce n'est plus le cas depuis l'entrée en vigueur de cette ordonnance ayant consacré la possibilité de céder des créances présentes et futures au nouvel article 1323 du Code civil.

En ce qui concerne le droit colombien, à l'instar du droit français antérieur à la réforme, aucune disposition spécifique concernant la cessibilité des créances présentes et futures n'est précisée. Ainsi, de nombreuses questions se posent au regard du caractère certain ou non des créances objets de cession : comment doit-on déterminer les créances cessibles en cas de silence du législateur ? Que doit-on comprendre par créances existantes et par créances futures ? Le silence du législateur quant à la possibilité de céder des créances futures doit-il être compris comme un refus de leur cessibilité ? Afin de tenter d'y répondre, nous analyserons tout d'abord les débats relatifs à ces interrogations en droit français, puis en droit colombien.

613. Devant le silence des rédacteurs du Code Napoléon à propos de la nature des créances cessibles, la doctrine majoritaire affirme sans difficulté la cessibilité des créances existantes et futures. Si la cessibilité des premières ne paraît pas poser de difficultés particulières, il n'en est pas de même des secondes. La plupart des auteurs s'accordent sur la possibilité de céder des créances futures ; cette position trouverait son fondement dans l'ancien article 1130 du Code civil selon lequel « *Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation* »¹⁷¹⁵. Cependant, à y regarder de près, on se rend compte qu'ils ne s'entendent pas sur le sens à accorder à la notion de créance future.

Pour certains auteurs, une créance doit être qualifiée de future dès lors qu'elle n'est pas encore exigible, par opposition à une créance à terme ou même conditionnelle, lesquelles seraient, dans tous les cas, des créances existantes¹⁷¹⁶. Pour d'autres, en revanche, les créances futures seraient

¹⁷¹⁵ A. SERIAUX, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 169, p. 615 ; J. FLOUR, E. SAVAUX, J.-L. AUBERT, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation, op. cit.*, n° 359, p. 354-355.

¹⁷¹⁶ M. ATTAL, « De la validité et des utilités de la cession de créance future à titre de garantie », *Dr. et pat.*, n° 137, mai 2005, p. 35, note 9 : « *La créance future n'est donc ni une créance à terme, ni une créance assortie d'une condition. Le critère d'une identification minimale de la créance la différencie également d'une simple créance éventuelle* ». Pour cet auteur, une créance peut être considérée comme étant « future » dès que son exigibilité n'est pas déterminée : « *En l'espèce la créance pouvait être considérée comme future puisque, comme le précise la Haute Juridiction, son exigibilité (n'était) pas encore déterminée* » (art. préc. p. 37).

celles résultant d'un acte à venir alors que les créances existantes seraient celles issues d'un acte ou d'un fait générateur déjà existant au moment de la cession, ce qui serait le cas des créances échues, des créances à terme et des créances conditionnelles¹⁷¹⁷. En outre, d'aucuns précisent que la créance future serait une créance en germe étant donné que l'un des ses éléments générateurs existe déjà au moment de la cession, même si elle n'est pas encore née¹⁷¹⁸. On peut donc constater l'existence d'une diversité de critères utilisés pour distinguer les créances futures des créances existantes.

614. Le débat autour de la date de naissance des créances issues d'un contrat à exécution successive est emblématique de la difficulté de la question abordée. Sans entrer dans les détails d'une telle discussion sur laquelle l'étude de M. Audit peut être utilement consultée¹⁷¹⁹, il suffit de rappeler que la doctrine est divisée sur ce point. Pour certains auteurs, les créances issues d'un contrat à exécution successive seraient nées au moment de la conclusion du contrat. Par conséquent, celles-ci devraient être considérées comme des créances existantes au moment de la réalisation d'une cession. Pour d'autres auteurs, lesdites créances seraient des créances futures étant donné que leur naissance interviendrait au fur et mesure de l'exécution de la prestation. La théorie volontariste inspirerait les premiers alors que la théorie matérialiste guiderait les seconds. Pis, une partie de la doctrine distingue entre la date de naissance des créances issues d'un contrat à exécution successive à durée déterminée et celle des créances issues d'un contrat à exécution successive à durée indéterminée. La date de naissance des premières serait la date de conclusion du contrat, ainsi les créances issues de ce contrat existeraient à partir de la date de conclusion de celui-ci. En revanche, la date de naissance des créances issues d'un contrat à durée indéterminée serait celle de l'exécution de la prestation. Cette différence de traitement se justifierait par le caractère définitif de l'engagement dans le cas du contrat à durée déterminée, à la différence du caractère non définitif de l'engagement en cas de contrat à durée indéterminée dans le cadre duquel chacune des parties disposerait d'un droit de résiliation unilatérale¹⁷²⁰.

Ce débat doctrinal est nourri par les positions ambiguës de la jurisprudence. Il est vrai qu'aujourd'hui, les juges semblent défendre la conception de la naissance des créances issues d'un contrat à exécution successive à la date de l'acte. Néanmoins, à une époque, ce n'était pas le cas dans tous les domaines. En matière de cession Dailly par exemple, une telle position n'a été exprimée que dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 7 décembre 2004. C'est

¹⁷¹⁷J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 462, p. 455.

¹⁷¹⁸L. AYNES, « Une discrète consécration de la cession de créances futures à titre de garantie », *D.* 2001. 3110.

¹⁷¹⁹P.-E. AUDIT, *La date de naissance des créances*, *op. cit.*

¹⁷²⁰Voir à propos du débat concernant la date de naissance des créances : « La date de naissance des créances », Colloque du CEDAG du 25 mars 2004, *LPA*, 9 nov. 2004.

par cette décision que la Haute juridiction judiciaire a en effet décidé que le jugement d'ouverture de la procédure collective du cédant ne faisait pas obstacle aux droits du cessionnaire sur les créances nées de la poursuite d'un contrat à exécution successive postérieurement audit jugement ; confirmant ainsi la thèse selon laquelle les créances résultant d'un contrat ne naissent pas au fur et à mesure de son exécution mais une fois pour toutes au jour de la conclusion du contrat¹⁷²¹.

615. La difficulté est plus grande en raison de la distinction proposée par certains auteurs entre créance future et créance éventuelle : la première serait une créance non encore née mais en germe parce que l'un de ses éléments générateurs existe déjà ; alors que la seconde serait une créance qui pourrait naître d'un fait générateur dont aucun élément n'existe encore au moment de la cession¹⁷²². On peut donc constater que pour ces auteurs, le critère utilisé pour définir la créance éventuelle correspond à celui employé par d'autres pour caractériser la créance future¹⁷²³. D'autre part, d'aucuns admettent la possibilité de céder, à côté des créances futures, des créances éventuelles, sans toutefois expliquer la différence entre les deux¹⁷²⁴. Quelques-uns tentent également de rapprocher la notion de créance éventuelle de celle de droit éventuel¹⁷²⁵, ce qui ne fait qu'obscurcir le débat étant donné que la notion de droit éventuel est l'une des plus ambiguës en droit¹⁷²⁶. En outre, si certains auteurs admettent la cessibilité des créances futures, ils refusent pourtant celle des créances éventuelles¹⁷²⁷.

¹⁷²¹ Cass. com. 7 déc. 2004, n° 02-20732, *Bull. civ.* IV, n° 213, p. 239, *RTD. com.* 2005, 415, note de A. Martin-Serf. Tel que l'auteur le signale, si en matière de saisie-attribution et d'avis à tiers détenteur la jurisprudence considérait depuis quelques temps que les créances issues d'un contrat à exécution successive avaient une existence dès la conclusion du contrat, même si leur exigibilité intervenait après, il n'en était pas de même en matière de cession Dailly. Dans ce domaine, et jusqu'au revirement opéré par la décision du 7 décembre 2004, la Cour de cassation considérait que le jugement d'ouverture de la procédure collective du cédant faisait obstacle aux droits de la banque cessionnaire sur les créances nées de la poursuite d'un contrat à exécution successive postérieurement à ce jugement.

¹⁷²² L. AYNES, « Une discrète consécration de la cession de créances futures à titre de garantie », art. préc., spéc. 10 ; V. LASBORDES, « L'actualité de la cession de créances », *LPA*, 2002, n° 228, spéc. 4 : « *Les juridictions de fond ne semblent pas hostiles à la cession d'une créance future, entendue comme une créance dont le fait générateur existe au moment du transport. C'est ainsi qu'une cour d'appel a pu autoriser la cession, par un architecte, d'une partie des honoraires à percevoir pour sa participation à la réalisation de travaux commandés par une commune (...) la créance éventuelle est celle qui résultera peut-être d'un fait générateur, en l'occurrence les contrats de bail, dont aucun élément n'existe encore au jour de la cession* » ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1278, p. 1325, note 9.

¹⁷²³ Par exemple, J. François considère que la créance future est caractérisée par un fait générateur qui n'existe pas encore au moment de la cession : J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 462, p. 455.

¹⁷²⁴ J. FLOUR, E. SAVAUX, J.-L. AUBERT, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation, op. cit.*, n° 359, p. 354-355.

¹⁷²⁵ G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Droit civil*, t. II, *Les obligations, Le régime, op. cit.*, n° 354, p. 316 qui reconnaissent pourtant que la notion de créance éventuelle est difficile à établir en raison des doutes qui existent à propos de la notion de droit éventuel.

¹⁷²⁶ À propos du droit éventuel : J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des droits*, Rousseau, 1955, où l'auteur définit le droit éventuel comme étant « un droit futur dont l'acquisition est d'ores et déjà protégée, voire organisée, par l'octroi d'un droit présent dont il constitue la finalité » (*op. cit.*, n° 74, p. 65). Voir également : R. DEMOGUE, « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD civ.* 1905, p. 723 et s. D'autres auteurs affirment que malgré la difficulté de préciser ce qui est un droit éventuel, la situation est intermédiaire entre la simple espérance, qui n'est pas un droit, et le droit pur et simple car le créancier n'a pas un droit parfait même s'il dispose déjà d'un droit lui permettant d'exercer certaines prérogatives. Pour ces auteurs, le droit éventuel serait un droit moins efficace que le droit ordinaire dont il prépare la naissance éventuelle : H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations, théorie générale, op. cit.*, n° 1032, p. 1087.

¹⁷²⁷ Ph. VAN STEENLANDT, *La généralisation de la cession fiduciaire de créance, op. cit.*, n° 198, p. 152-153 qui précise que l'identification des créances découlant de la déterminabilité imposée des biens n'interdit pas en soi la constitution d'une fiducie portant sur des biens seulement éventuels. Cependant, l'auteur souligne que le législateur ne fait référence qu'à la

Parfois, la créance éventuelle semble être assimilée à la créance conditionnelle¹⁷²⁸. D'autres auteurs se réfèrent aux créances en germe comme si elles étaient des créances conditionnelles, tout en refusant de les qualifier expressément d'éventuelles¹⁷²⁹. Certains affirment également qu'il est possible de céder des créances existantes ou futures, sans toutefois se prononcer sur les créances éventuelles¹⁷³⁰. Enfin, d'autres affirment expressément que les créances éventuelles et les créances futures doivent être tenues pour synonymes¹⁷³¹.

616. Ce débat est encouragé par les décisions jurisprudentielles rendues en la matière. Quelques arrêts anciens semblent refuser la possibilité de céder la créance d'un acte qui n'existe pas encore au moment de la cession¹⁷³², alors que d'autres paraissent aller dans le sens contraire¹⁷³³. Cependant, la Haute juridiction judiciaire a pu considérer, à l'occasion d'un arrêt du 20 mars 2001, que « *Des créances futures ou éventuelles peuvent faire l'objet d'un contrat, sous la réserve d'une suffisante identification* »¹⁷³⁴. Ainsi, la cessibilité des créances futures et éventuelles paraît acquise. Néanmoins, la question de savoir ce qu'il convient de comprendre par « créances futures » et « créances éventuelles » reste entière : s'agit-il de deux notions différentes ou doit-on les tenir pour synonymes ? La frontière n'est pas très claire entre les créances futures et éventuelles, et même entre ces dernières et les créances dites conditionnelles, par exemple. Il semble que cette question ne puisse être résolue qu'au cas par cas.

617. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, un tel débat n'a pas qu'un aspect théorique. La réponse à apporter est fondamentale afin de déterminer la portée de la disposition

notion de biens futurs sans évoquer les biens éventuels, sauf à considérer que la créance éventuelle n'est qu'une créance future aux yeux du législateur.

¹⁷²⁸ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Régime général*, *op.cit.*, n° 21, p. 10 qui se réfèrent à l'exemple de l'astreinte comme étant une créance conditionnelle ou éventuelle et citent à l'appui de leur position : Cass. civ. 3^e, 20 avril 1982, *Bull. civ.* III, n° 96 ; *RTD civ.* 1983, 338, obs. F. Chabas.

¹⁷²⁹ Ch. LEFORT et L. BOUDOUR, « Saisie-attribution », *Répertoire de procédure civile*, fév. 2016, spéc. 122 : « *La créance en germe paraît se caractériser par deux éléments. C'est une créance qui, d'une part, existe du fait de la relation juridique unissant le débiteur principal et son propre débiteur, mais ce n'est, d'autre part, qu'une créance en devenir, en puissance. Bref, il lui manque en effet encore certains éléments pour qu'elle éclore et atteigne ensuite pleinement le stade (mature) de la créance certaine. De ce point de vue, la créance en germe n'est guère éloignée de la créance conditionnelle* » et les auteurs précisent encore que « *Sur le plan théorique, la créance éventuelle paraît distincte de la créance en germe en ce sens qu'elle semble être celle qui ne serait pas encore née* » (préc. spéc. 123).

¹⁷³⁰ Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 824, p. 658. Ce silence pourrait être interprété de deux façons : soit les auteurs considèrent que les créances éventuelles ne peuvent faire l'objet d'une cession, soit ils considèrent qu'il n'existe pas de différences entre les créances éventuelles et les créances futures.

¹⁷³¹ C. CORGAS, « La cession de créances futures à titre de garantie », *Revue juridique de l'Ouest*, 2002-4, spéc. 12, p. 471.

¹⁷³² En ce qui concerne la possibilité pour un entrepreneur de céder une créance résultant de travaux à effectuer, mais seulement si la convention qui commande les travaux avait déjà été conclue au moment de la cession : Cass. civ. 7 août 1843. *Jur. gén.*, V° « Vente », n° 1699, *S.* 1843. 1. 775. Voir également en faveur de la possibilité pour un auteur de céder ses droits d'auteur seulement si un éditeur a déjà traité avec lui au moment de la cession : Cass. civ. 31 janv. 1854, *D.* 1855. 2. 179, *S.* 1854. 2. 734. De même, il est possible de citer un arrêt relatif à la cession d'une indemnité d'assurance à laquelle donnerait droit un contrat non encore conclu : Cass. Req. 17 mars 1891, *S.* 1895, 1, 444. Enfin, il est possible de citer le cas du transport des fruits futurs d'une créance : Cass. Req. 27 janv. 1875, *S.* 1876, 1, 12.

¹⁷³³ Voir en ce qui concerne le cas d'une astreinte : Cass. civ. 2^e, 7 juill. 2011, n° 10-20296, *Bull. civ.* II, n° 157, *JCP G* 2011, 1030, n° 6, obs. M Billiau.

¹⁷³⁴ Cass. civ. 1^e, 20 mars 2001, n° 99-14982, *Bull. civ.* I, n° 76, p. 48, *D.* 2001. 3110, note L. Aynès ; *JCP G* 2002, II, 10124, note I. Goaziou, *RDBF*, 2001, n° 6, 224, note D. Legeais.

prévue au nouvel article 1323 issu de l'ordonnance du 10 février 2016 qui consacre la possibilité de céder des créances présentes et futures sans rien dire à propos des créances éventuelles. Rappelons que certains auteurs admettent la cessibilité des créances futures alors qu'ils refusent celle des créances éventuelles, ce qui montre bien que l'identification des unes aux autres ne va pas de soi¹⁷³⁵.

618. De plus, les doutes relatifs à cette question peuvent s'accroître au regard de l'article L. 313-23, alinéa 2 du Code monétaire et financier en matière de cession Dailly, aux termes duquel « *Peuvent être cédées ou données en nantissement les créances liquides et exigibles, même à terme. Peuvent également être cédées ou données en nantissement les créances résultant d'un acte déjà intervenu ou à intervenir mais dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés* ». Certains auteurs signalent qu'en reconnaissant la possibilité de céder des créances futures ou éventuelles, la Cour de cassation a admis, dans l'arrêt du 20 mars 2001 précité, la cessibilité des créances issues d'un acte à intervenir dans les termes prévus par le législateur en matière de cession de créances professionnelles¹⁷³⁶.

619. En droit colombien, la cessibilité des créances futures est admise, nonobstant l'absence d'une règle spéciale en droit commun. S'agissant de la cessibilité d'une créance éventuelle, ni la doctrine, ni la jurisprudence ne se prononce expressément à ce propos. En faveur de la cessibilité des créances futures, la plupart des auteurs invoquent la disposition prévue à l'article 1518 du Code civil selon laquelle : « *Non seulement les choses qui existent peuvent être l'objet d'une déclaration de volonté ; mais aussi celles dont on espère l'existence* ». Ce texte servirait de fondement à toutes les opérations ayant pour objet une chose future, indépendamment de sa nature corporelle ou incorporelle. D'autres auteurs citent, en faveur de la reconnaissance de la cessibilité des créances futures, l'article 1869 du Code civil relatif à la validité de la vente des choses futures¹⁷³⁷.

Quant à la jurisprudence, il convient de distinguer entre la jurisprudence civile et la jurisprudence administrative. La première conforte la possibilité de céder des créances futures, sans se prononcer expressément et précisément sur ce qu'il convient d'entendre par celles-ci. Cependant, certains arrêts récents paraissent révéler qu'elle adopte une acception restrictive de la notion de créance future : il semblerait que pour la Cour de cassation colombienne, les créances futures soient les créances issues d'un contrat ou d'un fait générateur déjà existant au moment de la cession¹⁷³⁸. En

¹⁷³⁵ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op.cit.*, n° 1410, p. 796 qui précisent que la créance purement éventuelle est celle n'ayant aucun *substratum* juridique actuel.

¹⁷³⁶ J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 462, p. 455 ; D. LEGEAIS, note sous Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 2001, n° 99-14982, *RDBF*, 2001, n° 6, 224.

¹⁷³⁷ L'article 1869 du Code civil colombien dispose : « *La vente des choses qui n'existent pas mais dont on espère qu'elles existent, sera faite sous la condition d'exister, sauf disposition contraire, ou que par la nature du contrat apparaisse qu'on a acheté l'aléa* ».

¹⁷³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 1^{er} décembre 2011, Ref. 11001-31036035-2004-00428-01, préc. Dans cette décision, la Cour semble qualifier de « future » une créance concernant la soulte d'un prix à payer. Rapp. Corte Suprema

revanche, en matière de jurisprudence administrative, quelques arrêts se prononcent expressément contre la possibilité de céder des créances futures ; tout en soulignant que pour la validité de la cession, la créance doit exister au moment de la réalisation de celle-ci. La raison invoquée réside dans le fait que l'article 1959 du Code civil colombien exige, pour l'efficacité de la cession entre le cédant et le cessionnaire, la remise d'un titre qui constate la créance ou la preuve écrite contenant la créance ; ce qui ne serait possible d'accomplir que dans l'hypothèse de l'existence de la créance précédemment à la réalisation de la cession¹⁷³⁹.

En tout état de cause, la distinction entre créances existantes, conditionnelles, futures et éventuelles ne paraît pas très aisée à opérer. L'article 1869 du Code civil colombien est à cet égard très révélateur : malgré une différenciation *a priori* très nette entre les créances conditionnelles, considérées comme des créances existantes, et les créances futures, le législateur colombien fait référence à la condition pour expliquer le mécanisme de la vente d'une chose future.

620. A la différence du droit commun, certaines dispositions dans le domaine du droit spécial de la cession de créance reconnaissent expressément la cessibilité des créances futures. En premier lieu, on peut citer le cas de la cession de créance à titre de garantie. Certes, le législateur n'a pas donné de définition de la créance future, ce qui laisse présager un débat important à l'avenir à l'instar du droit français. Mais il a proposé une définition large de la créance¹⁷⁴⁰ ce qui favorise une conception extensive de la créance future. En second lieu, nous pouvons citer le décret n° 2669 du 21 décembre 2012, qui règlemente l'activité de *factoring* réalisée par les sociétés commerciales. En effet, son article 5 consacre la possibilité de céder des créances futures, même s'il ne précise pas ce qu'il faut entendre par créances futures. Cependant, comme nous le verrons par la suite, il existe des limites au caractère incertain de la créance pouvant faire l'objet d'un transfert¹⁷⁴¹.

621. Un regard sur quelques instruments européens et internationaux montre également que si la cessibilité des créances futures ne paraît pas être remise en question, plus difficile est la question de savoir ce que l'on doit reconnaître comme telles et si elles doivent être distinguées des créances éventuelles. Par exemple, la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international reconnaît expressément la possibilité de céder une créance future et définit

de justicia, sala de casación civil, 24 février 1975, M.R. : J.-M. Esguerra Samper où la Cour laisse entendre que la cession des intérêts d'une créance peut être qualifiée de « cession de créance future ».

¹⁷³⁹ Consejo de Estado colombiano, Sala de lo contencioso administrativo, Sec. 4ª, 26 octobre 2006, Réf.: n°25000-23-27-000-2001-90932-01(15307), M. R.: Maria I. Ortiz Barbosa.

¹⁷⁴⁰ Rappelons que les rédacteurs de la loi sur les garanties mobilières ont défini la créance comme étant « *Le droit du garant de demander ou de recevoir le paiement d'une somme d'argent d'un tiers, due actuellement ou qui puisse être due dans le futur, y compris, entre autres, les comptes créditeurs* ».

¹⁷⁴¹ V. *infra* n° 625 s.

celle-ci comme étant une créance qui naît après la conclusion d'un contrat de cession. Cependant, aucune piste n'est donnée pour déterminer à quoi correspond le moment de naissance d'une créance. Quant aux créances éventuelles, aucune mention n'en est faite. Pour sa part, l'article 9. 1. 5 des Principes d'UNIDROIT reconnaît également la possibilité de céder une créance future et, même si aucune définition n'est proposée, les commentaires de cette disposition laissent entendre que les créances futures désigneraient celles qui sont issues d'un contrat ou d'un acte juridique conclu postérieurement à la réalisation de la cession. En ce qui concerne les créances éventuelles, les rédacteurs ont gardé le silence.

Quant aux Principes du droit européen du contrat, l'article 11:202 (2) admet également la cessibilité d'une créance future. Même si, encore une fois, aucune disposition ne la définit, les commentateurs laissent entendre qu'une créance existante serait une créance arrivée à échéance avant la cession. Par conséquent, une créance qui n'arriverait à échéance ou qui ne serait exigible qu'après la réalisation de la cession serait une créance future, indépendamment du fait qu'elle trouve son origine dans un acte préexistant à la cession ou non. A l'instar des instruments internationaux mentionnés, les Principes du droit européen ne font aucune référence aux créances éventuelles.

622. En définitive, la distinction entre créances existantes, futures et éventuelles s'avère difficile à maîtriser. Il ne paraît pas possible d'établir un critère précis permettant de les distinguer. Comme un auteur français l'a bien souligné, il se peut que cette indécision résulte de la difficulté de déterminer un moment unique et précis d'« existence » ou de « naissance » d'une créance : ce que l'on nomme « date de naissance » d'une créance est en réalité une variable dépendante du problème spécifique envisagé par le législateur ou par le juge. En d'autres termes, la date de naissance d'une créance ne correspond pas à une réalité objective. Le droit de créance entraîne en lui-même une expectative ou incertitude. Ainsi, il paraît juste de considérer que la réalisation d'une créance se réalise dans le temps, ce qui empêche de déterminer une date de « naissance » précise. Preuve en est, à une époque, comme le souligne M. Audit, la jurisprudence française considérait les créances à terme comme des créances futures¹⁷⁴² de telle sorte qu'une créance n'était considérée comme existante qu'à partir du moment où toutes les conditions requises étaient réunies pour permettre au créancier d'exiger le paiement¹⁷⁴³.

¹⁷⁴² P.-E. AUDIT, *La naissance des créances*, *op. cit.*, n° 156, p. 108.

¹⁷⁴³ P.-E. AUDIT, *ibidem*. Contrairement à ce qu'on pourrait croire, une telle vision semble encore défendue par certains auteurs modernes : Ch. GARREAU, « La saisie-attribution, la procédure collective et la date de naissance des créances contractuelles », art. préc., spéc. n° 20 : « La distinction entre l'obligation et l'effet de l'obligation permet de considérer que, quelle que soit la modalité - terme suspensif ou condition suspensive - sous laquelle elle a été contractée, les créances ne naissent pas avec l'obligation, au moment de la conclusion du contrat, mais au moment de la réalisation du terme ou de la condition ».

623. C'est précisément en raison de cette difficulté et, par conséquent, de l'ambiguïté de la distinction entre créances existantes, futures et éventuelles, qu'il paraît opportun de l'abandonner dans le cadre de notre démonstration. Mais cette circonstance n'empêche pas de conclure que le droit français comme le droit colombien se montrent favorables à la cession d'une créance incertaine ; soit que le degré d'incertitude de celle-ci soit minimal, soit que son degré d'incertitude soit plus important. En effet, les deux systèmes juridiques permettent la réalisation d'une cession ayant pour objet une créance issue d'un acte ou d'un fait déjà intervenu au moment de la cession ; mais aussi une cession ayant pour objet une créance qui résultera d'un acte à venir. A notre sens, l'existence ou non de l'acte ou du fait source de la créance objet de la cession s'avère donc un critère plus fiable révélant la souplesse du législateur quant au degré de certitude exigé pour qu'une créance puisse être cédée.

C'est pourquoi le nouvel article 1323 du Code civil français devrait s'entendre d'une façon extensive¹⁷⁴⁴ : la possibilité de céder des créances présentes ou futures devrait tout simplement être comprise comme la possibilité de céder non seulement des créances issues d'un acte ou d'un fait déjà intervenu au moment de la cession, mais également des créances qui résulteront d'un acte à intervenir.

Par ailleurs, il convient de préciser que l'argument esquissé par certains auteurs français contre la possibilité de céder une créance qui résultera d'un acte à intervenir, en raison précisément de l'absence de débiteur à qui signifier la cession, n'est pas dirimant. En effet, même si les conditions d'opposabilité d'un acte ne peuvent être accomplies, cela ne signifie pas que l'acte ne soit pas valable. En outre, avec les nouvelles dispositions consacrées dans le droit français, une telle discussion ne se pose plus : en distinguant la date d'opposabilité du contrat de cession d'une créance future à l'égard des tiers de celle de l'acquisition effective de la créance par le cessionnaire, le législateur montre bien que la validité de la cession d'une créance future est une chose et que son efficacité en est une autre¹⁷⁴⁵.

Pour la même raison, l'argument tiré de l'impossibilité de la remise du titre constatant la créance pour refuser la cessibilité d'une créance future, invoqué par la jurisprudence administrative colombienne, ne nous paraît pas concluant. Comme on l'a souligné antérieurement¹⁷⁴⁶, la conception

¹⁷⁴⁴ Voir à propos de l'opportunité de prendre en compte l'expression « créance future » dans un sens large : E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op. cit., n° 396, p. 236 qui fait mention des auteurs français militant en faveur de l'inclusion dans la catégorie des « créances futures », des créances conditionnelles ou simplement éventuelles ; en excluant les créances à terme étant donné que si les premières comportent une partie d'incertitude, il n'en va pas de même pour les secondes.

¹⁷⁴⁵ G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Droit civil*, t. II, *Les obligations, Le régime*, op.cit., n° 354, p. 316 qui admettent la validité de la cession d'une créance future en application de la règle générale relative à la validité de la vente de choses futures. Ils reconnaissent pourtant que ce type de cession n'aurait lieu qu'entre les parties car les formalités de publicité de nature à les rendre opposables aux tiers sont irréalisables ; E. CASHIN-RITAINE, *ibidem.*, n° 396, p. 235 : « Certains arrêts anciens exigent pour qu'un droit puisse être cédé, qu'il existe déjà dans son principe, c'est-à-dire que le contrat ou le fait générateur du droit doit exister à l'époque de la cession (...). Ces décisions se fondent sur l'idée, que jusqu'à la formation du contrat, il n'y a pas de débiteur auquel on peut signifier la cession. En fait, seule l'opposabilité aux tiers est empêchée par l'incertitude sur le débiteur éventuel, cela ne devrait pas affecter la validité de l'opération ».

¹⁷⁴⁶ V. *supra* n° 202 et s.

selon laquelle la cession de créance serait un contrat réel nécessitant l'existence de la « chose » objet du contrat pour l'existence de celui-ci n'est pas convaincante. La cession est un accord de volontés qui entraîne l'obligation pour le cédant de transférer la créance. La remise du titre, à laquelle se réfère l'article 1959 du Code civil colombien, ne concerne pas la réalisation du contrat mais son exécution. Ainsi, la cession peut avoir pour objet une créance qui résultera d'un acte juridique qui n'est pas encore intervenu au moment de la conclusion du contrat de cession. En outre, le législateur colombien a prévu la possibilité de la création d'un titre dans les hypothèses où la créance cédée n'est pas constatée par écrit. Ainsi, on peut affirmer que la cession d'une créance future est possible même si le transfert sera conditionné à l'existence effective de la créance¹⁷⁴⁷.

624. Néanmoins, si la cessibilité d'une créance incertaine dans les termes signalés précédemment ne doit être mise en cause, il ne s'agit pas d'une cessibilité illimitée : dans tous les cas, il est nécessaire que la créance soit déterminée ou déterminable. Tant le droit français que le droit colombien reconnaissent cette limite.

2- La nécessité de détermination ou déterminabilité des créances

625. On sait que la possibilité de céder une créance issue d'un acte inexistant au moment de la cession est reconnue en droit français ; elle l'était même avant la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016. Cependant, une telle reconnaissance n'est pas absolue. L'étude de la doctrine et la jurisprudence permet de comprendre la nécessité d'une détermination ou, tout du moins, d'une déterminabilité de la créance¹⁷⁴⁸. Cette exigence s'explique si l'on tient compte des règles générales concernant la détermination ou la déterminabilité de l'objet du contrat. L'ancien article 1129 du Code civil va dans ce sens. Plus précisément, la nécessité d'une telle détermination ou déterminabilité peut être déduite de l'exigence prévue par la Cour de cassation au regard de la nécessité d'une « identification suffisante » des créances¹⁷⁴⁹.

626. La même tendance peut être observée pour d'autres types d'opérations sur créances. Le législateur a en effet expressément reconnu la possibilité de céder des créances futures tant dans le

¹⁷⁴⁷ Ch. GIJSBERS, « Le nouveau visage de la cession de créance », art. préc., p. 54 : « Enfin, en pure technique juridique, s'il est parfaitement normal de considérer que le cessionnaire d'une créance future n'acquerra celle-ci qu'au jour de sa naissance, la cession ne lui en confère pas moins, dès à présent, une vocation pleinement opposable aux tiers à recueillir cette créance dans son patrimoine: il est, dès la date de l'acte, et à l'égard de tous ses concurrents à venir, le nouveau titulaire de la créance à naître ». Nous reviendrons sur cet aspect lors de l'étude du rapport *inter partes* : V. *infra* n° 670.

¹⁷⁴⁸ J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, Régime général, 4^e éd., *op. cit.*, n° 462, p. 455-456 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Cours de droit civil, Obligations, Régime, op. cit.*, n° 142, p. 259 ; J. FLOUR, E. SAVAUX, J.-L. AUBERT, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation, op. cit.*, n° 359, p. 355 qui se réfèrent à la nécessité d'une « consistance suffisante de la créance future pour qu'elle puisse être considérée comme étant l'objet de la cession ».

¹⁷⁴⁹ Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 2001, n° 99-14982, préc.

domaine du nantissement de créances de droit commun, que s'agissant de la cession et du nantissement des créances professionnelles. Cependant, une telle possibilité est subordonnée à une identification suffisante des créances futures objets de l'opération, soit par leur individualisation, soit par l'établissement de différents critères permettant leur détermination dès leur naissance¹⁷⁵⁰. Il en est de même en matière de cession fiduciaire de créance¹⁷⁵¹.

627. L'ordonnance du 10 février 2016 est venue explicitement consacrer l'exigence de détermination ou déterminabilité des créances cédées. Une telle consécration peut s'expliquer par la reconnaissance expresse de la possibilité de céder des créances existantes ou futures. Pourtant, le législateur n'a signalé aucun élément permettant de procéder à une telle détermination. Ainsi, les opérateurs juridiques pourraient bien s'inspirer des règles prévues à l'égard d'autres types d'opérations, tels que le nantissement de créance ou la cession de créances professionnelles¹⁷⁵².

S'agissant du nantissement de créance par exemple, l'article 2356 du Code civil dispose que si le nantissement d'une créance future est possible, il est tout de même indispensable que la créance objet de la garantie soit individualisée dans l'acte de nantissement ou que celui-ci contienne des éléments permettant une telle individualisation, tels que l'indication du débiteur, du lieu du paiement, du montant des créances ou de leur évaluation, etc. ; liste qui n'est pas limitative.

Quant à la cession par bordereau Dailly, l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier prévoit plusieurs critères permettant de procéder à la désignation ou l'individualisation des créances objets de la cession, tels que l'indication du débiteur, du lieu du paiement, du montant ou de l'évaluation des créances cédées, etc. A l'instar des critères mentionnés par le législateur en matière de nantissement de créance, il ne s'agit pas d'une liste limitative mais seulement d'une énumération énonciative.

628. La nécessité d'une telle détermination ou déterminabilité est également prévue dans le droit colombien. Le législateur a expressément consacré la possibilité de céder des créances futures dans le domaine de la cession de créance à titre de garantie et dans celui de l'affacturage. Rappelons qu'en droit colombien, à la différence du droit français, l'affacturage se réalise par le biais de la cession

¹⁷⁵⁰ Voir à propos de la cession Dailly : E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op. cit., n° 397, p. 236 ; Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, op. cit., n° 746, p. 543.

¹⁷⁵¹ L'article 2018 du Code civil reconnaît la possibilité de constituer une fiducie sur des biens futurs mais le législateur a précisé qu'il est nécessaire qu'ils soient déterminables. Quant à l'article 2018-1, il consacre le mécanisme de la cession fiduciaire de créance. De la sorte, il convient de conclure à la possibilité d'une cession fiduciaire ayant pour objet une créance future.

¹⁷⁵² Ch. GIJSBERS, « Le nouveau visage de la cession de créance », art. préc., spéc. p. 50 ; M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IX), LPA, 26 avril 2016, art. préc., spéc. art. 1321 où l'auteur reconnaît que « La détermination peut se faire par l'indication du débiteur cédé, du lieu de paiement, du montant des créances ou de leur évaluation et, s'il y a lieu, de leur échéance ».

de créance et non par celui de la subrogation¹⁷⁵³. En ce qui concerne la cession à titre de garantie, l'article 24, alinéa 2 de la loi du 20 août 2013 prévoit la validité d'une cession ayant pour objet une créance future pourvu qu'une telle créance « *soit décrite comme étant une créance objet de la cession ou qu'elle soit identifiable* ». Quant à l'alinéa 3 de la même disposition, il signale qu'en cas de cession d'une créance future, l'identification de la créance doit être réalisée au moment de la conclusion du contrat de cession. Malgré la rédaction approximative de la disposition qui pourrait laisser croire à la nécessité d'une identification lorsqu'il s'agit d'une créance future, il faut aussi tenir compte de l'alinéa 2 précité : l'identification ou la déterminabilité de la créance devrait suffire pour conclure à la validité de la cession d'une créance future à titre de garantie. Quant à la possibilité de céder des créances futures en matière d'affacturage, l'article 5 (1) du décret n° 2669 du 21 décembre 2012 dispose que même si celles-ci peuvent ne pas être individualisées, il importe à tout le moins qu'elles soient déterminables.

629. On peut donc conclure que même si l'identification de la créance future n'est pas nécessaire au moment de la réalisation de la cession, les parties doivent clairement établir les critères permettant de l'identifier ou de l'individualiser dès sa naissance. En d'autres termes, la créance ou les créances futures cédées doivent être déterminées ou déterminables au moment de la cession¹⁷⁵⁴. L'appréciation du caractère déterminable se fera au cas par cas étant donné que ni le législateur français ni le législateur colombien n'a établi de liste limitative des éléments permettant de la réaliser. Les critères prévus par nos législateurs en matière de droit spécial pourront toujours servir de guide au droit commun¹⁷⁵⁵. Cependant, au moment d'établir le caractère suffisant de l'identification de la créance ou de la déterminabilité de celle-ci, il convient de garder à l'esprit, comme un auteur français a pu le souligner, que le but de cette exigence de détermination ou déterminabilité de la créance future

¹⁷⁵³ Voir *supra* n° 258.

¹⁷⁵⁴ Cette nécessité est confortée par le fait que nos législateurs prévoient que la cession d'une créance sera efficace sans que soit nécessaire un nouvel accord (voir en ce sens l'art. 24 de la loi du 20 août 2013 sur la cession de créance à titre de garantie en droit colombien). En droit français : Cass. com. 13 octobre 1992, n° 90-21077, *Bull. civ.* IV, n° 301, *JCP E* 1993, n° 6, p. 395, note J. Stoufflet, qui précise que l'une des mentions devant figurer sur le bordereau est celle de la désignation ou individualisation des créances cédées et que l'un des assouplissements apportés par la loi en 1984 a été l'inclusion de la possibilité de désigner des éléments susceptibles d'effectuer cette désignation ou individualisation. Avec la rédaction initiale, l'indication du nom du débiteur était une mention obligatoire, elle n'est devenue que l'une des possibilités permettant l'identification du débiteur. L'inclusion de l'adjectif « notamment » corrobore cela. L'auteur précise, plus loin, que « *une application souple de l'exigence formelle s'impose pour la désignation des créances cédées ou nanties car la mention imposée par l'article 1^{er} de la loi Dailly est inséparable d'une règle de fond, la nécessité que l'objet de la cession soit déterminé ou déterminable* ». Voir égal. C.A. Paris 3^e Chambre A, 17 nov. 1992, *Juris - Data* n° 1992-603799 : « *Aux termes de l'article 1 alinéas 3 et 4 de la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981, l'indication du débiteur est seulement prévue comme un élément d'identification de la créance. Le défaut d'indication de la raison sociale du débiteur cédé ne suffit pas à invalider le bordereau Dailly qui permet l'individualisation de la créance par la mention de ses éléments essentiels et du numéro d'adhérent du cédé au sein d'une société coopérative créancière* ».

¹⁷⁵⁵ J. DUBARRY, *Le transfert conventionnel de propriété, Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand, op. cit.*, n° 629, p. 349 : « *En droit commun, dans le silence des textes, c'est la jurisprudence qui a estimé que des créances futures ou éventuelles pouvaient faire l'objet de convention sous réserve de leur suffisante identification. Les critères de cette identification ne sont pas précisés en droit commun, mais on peut s'inspirer de ceux dégagés en matière de cession Dailly, énoncés à l'article L313-23 al. 3 4° du CMF, qui sont notamment l'identification du débiteur, le lieu de paiement, le montant ou l'évaluation de la créance ainsi que sa date d'échéance* ».

n'est pas seulement d'établir d'une manière certaine si elle fait effectivement partie du transfert ; il est aussi, et surtout, de permettre aux cédant et cessionnaire d'être conscients de la portée de leur engagement¹⁷⁵⁶.

630. A côté de la possibilité de céder une créance monétaire et une créance incertaine, l'assouplissement des conditions relatives à l'objet de la cession se révèle également à travers la faculté, reconnue en droit français comme en droit colombien, de réaliser non seulement une cession totale, mais également une cession partielle et une cession globale de créance.

C- Les cessibilités totale, partielle et globale des créances

631. A la différence d'autres législations telle la législation allemande¹⁷⁵⁷, ni la législation française ni la législation colombienne ne dispose d'une réglementation détaillée relative à la cession partielle en droit commun. Ce constat ne signifie pour autant pas que la cession partielle d'une créance y soit interdite. En effet, quelques dispositions de droit spécial reconnaissent ce type d'opération ; tout comme la doctrine et la jurisprudence. Précisons tout de même, en ce qui concerne le droit commun français, que si les rédacteurs du Code Napoléon n'ont rien prévu à propos de la possibilité de céder partiellement une créance, il n'en est pas de même dans l'ordonnance portant réforme des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. En effet, le nouvel article 1321 issu de l'ordonnance du 10 février 2016 se prononce expressément en faveur de la validité d'une telle opération.

632. A propos d'une cession partielle de créance¹⁷⁵⁸, les auteurs reconnaissent généralement sa validité, en distinguant entre les effets produits par une cession et par une subrogation conventionnelle consentie par le créancier. La doctrine majoritaire prend effectivement soin de signaler qu'à la différence de la préférence accordée au créancier subrogeant dans l'hypothèse d'un paiement partiel par le subrogé, le créancier ayant cédé partiellement sa créance ne bénéficie d'aucune préférence à l'égard du cessionnaire¹⁷⁵⁹.

¹⁷⁵⁶ Ch. GIJSBERS, « Le nouveau visage de la cession de créance », art. préc., spéc. p. 50.

¹⁷⁵⁷ E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op. cit., n° 407, p. 243 : « En droit français, la cession d'une partie de la créance est possible par la cession de créance commun et également par bordereau Dailly. La cession partielle ne semble cependant pas avoir suscité de contentieux, du moins quant à la détermination de la créance. La situation est très différente en droit allemand ».

¹⁷⁵⁸ PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Les obligations*, 2^e éd., par Esmein, op. cit., n° 1127, p. 515-516.

¹⁷⁵⁹ En droit français : Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op. cit., n° 1421, p. 804 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, op. cit., n° 412, p. 401. Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, op. cit., n° 857, p. 688. Il en est de même en ce qui concerne la doctrine classique : v. not. Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Droit civil français*, t. V, 6^e éd., par P. Esmein, op. cit., § 359 bis, p. 167. D'autres auteurs la reconnaissent sans faire référence nécessairement à la distinction avec la subrogation conventionnelle : B. FAGES, *Droit des obligations*, op. cit., n° 546, p. 459-460 ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations, Théorie générale*, op. cit., par F. CHABAS, n° 1272, p. 1292-1293. Voir également en ce sens en ce qui concerne l'ordonnance du 10 février 2016 :

633. D'autre part, la validité de la cession partielle de créance est entérinée par le droit spécial français comme colombien. En droit français, les dispositions relatives à la cession ou au nantissement des créances résultant de marchés publics reconnaissent *in fine* la faculté pour le créancier de céder ou nantir partiellement sa créance. Plus précisément, l'article 128, alinéa 3 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics dispose que « *quand la cession ou le nantissement de créance a été constitué au profit de plusieurs bénéficiaires, chacun d'eux encaisse seul la part de la créance qui lui a été affectée dans la cession ou le nantissement dont les mentions ont été notifiées au comptable* ». Il en est de même en ce qui concerne les règles relatives au nantissement de créance introduites par la réforme du droit des sûretés en 2006. En effet, l'article 2358, alinéa 2 du Code civil prévoit expressément que le nantissement « *peut porter sur une fraction de la créance, sauf si celle-ci est indivisible* »¹⁷⁶⁰.

En droit colombien, la loi n° 1676 du 20 août 2013 relative à l'accès au crédit et aux garanties mobilières reconnaît expressément la validité de la cession partielle de créance en matière de cession à titre de garantie. L'article 24, alinéa 2 de cette loi dispose effectivement que « *Sera valable la garantie sur des créances ou la cession de plusieurs créances à titre de garantie, des créances futures, d'une partie d'une créance, ou d'un droit indivis sur une créance, pourvu que les créances soient déterminées en tant que créances objet de la garantie ou de la cession à titre de garantie, ou qu'elles soient déterminables* ».

634. En ce qui concerne la jurisprudence, la validité de la cession partielle de créance n'est pas non plus remise en question. En droit français, les juges ont eu l'occasion de se prononcer en faveur de ce type de cession s'agissant des cessions Dailly¹⁷⁶¹. Pour sa part, la jurisprudence

M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, *op. cit.*, n° 162, p. 106. En droit colombien : H. D. VELÁSQUEZ GÓMEZ, *Estudio sobre obligaciones*, *op. cit.*, n° 632, p. 1122 ; M. CASTRO DE CIFUENTES, « Transmisión de las obligaciones », art. préc., n° 7, p. 80-81.

¹⁷⁶⁰ Voir à ce propos : Ch. GISJBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, *op. cit.*, n° 431, p. 433-434.

¹⁷⁶¹ Voir en ce sens : Cass. com. 18 avril 2000, n° 96-19.842, inédit. En l'espèce, il s'agit d'une pluralité de cessions partielles d'une même créance dans le cadre de la cession Dailly au profit de plusieurs établissements de crédit des droits respectifs de chacun d'eux. Le cédant avait réalisé une première cession en faveur d'un établissement de crédit et après celle-ci, avait réalisé une deuxième cession en faveur d'un autre établissement de crédit. Le débiteur de la créance cédée a payé le deuxième cessionnaire. Postérieurement le premier cessionnaire demande le paiement de la créance qui lui avait été cédée et assigne en remboursement le deuxième cessionnaire ayant reçu le paiement du débiteur. Le premier cessionnaire, demandeur à l'action, affirme que d'après la loi Dailly la cession devient opposable aux tiers à partir de la date apposée sur le bordereau et, par conséquent, lorsque le créancier originaire avait réalisé la deuxième cession, il n'était plus créancier. Autrement dit, le premier cessionnaire soutenait que le débiteur de la créance cédée avait réalisé un paiement non libératoire puisqu'il avait payé le deuxième cessionnaire. La Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché si le créancier originaire n'avait réalisé qu'une cession partielle en faveur du premier cessionnaire. Ainsi, au moment de réaliser la deuxième cession, le cédant aurait été encore créancier. La deuxième cession aurait pour objet l'autre partie de la créance. Ainsi, il aurait fallu comprendre qu'il y avait eu une pluralité de cessions partielles d'une même créance au profit de deux établissements de crédit, et qu'il aurait fallu établir les droits respectifs de chacun d'eux en fonction des dates des cessions. On voit donc une reconnaissance expresse de la possibilité de réaliser une cession partielle de créance. Voir d'autres décisions reconnaissant la possibilité d'une cession partielle de créance : Cass. com., 8 février 1994, n° 9114602, inédit ; Cass. civ. 1^{re}, 19 mai 1992, n° 90-16668, inédit ; Cass. com., 5 nov. 1991, n° 89-12403, inédit ; Cass. civ., 1^{re}, 27 oct. 1976, n° 75-10327 publié au bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre civile 1N, 311, p. 249. Le Conseil d'Etat français a eu aussi à se prononcer en faveur de la cession partielle de créance : Conseil d'Etat, 7^e et 2^e, 09/05/2005, n° 266060.

colombienne a eu à se prononcer sur cette possibilité à propos de la cession de créances hypothécaires¹⁷⁶². Le Conseil d'Etat colombien a quant à lui affirmé la validité de ce type de cession en droit commun, en précisant toutefois qu'il n'en est pas de même en matière de cession de créances fiscales qui obéirait à un régime particulier¹⁷⁶³.

635. Même si la validité de principe¹⁷⁶⁴ d'une telle opération ne fait de doute ni en droit français ni en droit colombien, il est vrai qu'elle peut donner lieu à des difficultés particulières du fait de la division de la créance qui en résulte, notamment quant au régime des sûretés et de certaines actions¹⁷⁶⁵. C'est pourquoi une frange importante de la doctrine française regrette le fait que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 n'aient pas consacré quelques dispositions spéciales à ce sujet¹⁷⁶⁶. Cependant, les auteurs signalent qu'à défaut de stipulation contraire, « *les différents titulaires de l'obligation en profitent-ils au prorata de leurs droits respectifs* »¹⁷⁶⁷ et que les parties pourraient « *organiser des rangs entre les cessionnaires partiels d'une même créance* »¹⁷⁶⁸.

636. Outre la possibilité de céder une créance totalement ou partiellement, nos systèmes juridiques sont également ouverts à la cessibilité globale ou d'un ensemble de créances. Cependant, la reconnaissance de la cession d'un ensemble de créances se manifeste différemment en droit français et en droit colombien.

En droit français, il convient de distinguer entre le droit commun et le droit spécial. En ce qui concerne le droit commun, si aucune disposition ne se prononçait en faveur de cette possibilité, ce ne sera plus le cas à compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016. En effet, le nouvel article 1321 du Code civil consacre expressément la possibilité de céder une ou plusieurs créances présentes ou futures. Cette admission par le législateur de la possibilité de céder plusieurs

¹⁷⁶²Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 19 octobre 1994, Ref. 3972, M. R.: Carlos E. Jaramillo Schloss.

¹⁷⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sec. 4^a, 25 septembre 2006, M.R.: Lúgía Lopez Díaz.

¹⁷⁶⁴ Sauf l'hypothèse d'indivisibilité de la créance, soit en raison de son objet, soit en raison de la volonté des parties : Ch. GJJSBERS, « Le nouveau visage de la cession de créance », art. préc., p. 49 qui invoque, en faveur de cette solution, le nouvel art. 1320 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 fév. 2016. *Contra* O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., art. 1321, p. 636, note 12 qui affirment que « *contrairement à l'article 2358 sur le nantissement de créance, l'article 1321 ne fait pas exception du cas où la créance est indivisible. La cession partielle d'une créance présentant cette qualité apparaît donc possible* ».

¹⁷⁶⁵ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *ibidem*, art. 1321, p. 636, note 12.

¹⁷⁶⁶ M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, op. cit., n° 162, p. 106

¹⁷⁶⁷ *Ibidem*, n° 162, p.106, note 27. Rappr. de la solution admise dans les Principes du droit européen du contrat conformément au commentaire II à l'article 11 :103.

¹⁷⁶⁸ Ch. GJJSBERS, « Le nouveau visage de la cession de créance », art. préc., p. 51 ; F. Chénéde, « La cession de créance », art. préc., n° 5, p. 89-90. Le sort des sûretés en cas d'une cession partielle d'une créance est une question récurrente au sein des différents instruments internationaux qui s'intéressent au sujet. Par exemple, l'article 8 du Projet de la Commission Benelux disposait que « *Si toute la créance a été cédée, le cédant est tenu de remettre au cessionnaire les gages qu'il détient. Les gages que le cédant détient, restant chez celui-ci, si la créance a été cédée partiellement ou en partie* ».

créances présentes ou futures entérine la faculté de réaliser une cession globale¹⁷⁶⁹. Cela ne signifie pas qu'avant l'ordonnance précitée la possibilité de réaliser une cession globale dans le cadre de la cession de créance de droit commun était interdite. Cependant, les formalités lourdes d'opposabilité, la signification de la cession au débiteur ou son acceptation dans un acte authentique, représentaient des obstacles pratiques importants à l'utilisation de la cession de créance de droit commun à de telles fins.

En droit spécial, la possibilité de réaliser une cession globale de créances est reconnue en matière de cession Dailly. De fait, l'une des finalités de la loi entérinant ce type de cession était de faciliter la cession d'un ensemble de créances en ayant recours à un seul bordereau. Cependant, il convient de rappeler que l'exigence d'une détermination suffisante ou déterminabilité des créances constitue une limite importante à la cession globale de toutes les créances à venir du cédant¹⁷⁷⁰. Pour la même raison, la possibilité de réaliser une cession globale de créances dans le cadre des nouvelles dispositions du droit commun introduites par l'ordonnance du 10 février 2016 se trouvera aussi limitée.

Quant au droit colombien, aucune disposition de droit commun ne traite de la cession globale de créances. Même si le législateur ne l'interdit pas, il nous semble que l'exigence d'une remise de titre pour l'efficacité de la cession entre le cédant et le cessionnaire pourrait représenter un obstacle important, d'un point de vue pratique, à la réalisation de ce type de cession. En revanche, en droit spécial, l'article 24 de la loi 1676 du 20 août 2013 reconnaît la validité de ce type de cession. En effet, le législateur s'est expressément prononcé en faveur de la cession de plusieurs créances présentes ou futures à titre de garantie¹⁷⁷¹ ; de même en matière d'affacturage. L'article 5 (3) du décret n° 2269 du 21 décembre 2012 prévoit ainsi la possibilité de céder la totalité ou une partie des droits d'un fournisseur issus d'un contrat de vente de marchandises ou de prestation de services. Cette référence à la possibilité de céder la totalité des droits d'un fournisseur paraît entériner la validité de la cession globale de créances. Cependant, le fait de restreindre une telle cessibilité aux créances issues d'un contrat déterminé nous paraît être un signe important de la nécessité, dans tous les cas, de procéder à la détermination ou à la déterminabilité de l'objet de la cession.

637. La reconnaissance de la possibilité de céder des créances de toute nature et des créances caractérisées par un important degré d'incertitude, montre bien que nos systèmes juridiques retiennent

¹⁷⁶⁹ Ch. GIJSBERS, *ibidem*. p. 50.

¹⁷⁷⁰ E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, *op. cit.*, n° 397, p. 237.

¹⁷⁷¹ M. -E. CAMACHO LOPEZ, « La cesión de créditos en garantía, de acuerdo con la Ley 1676 de 2013 », art. préc., p. 168 : « Est aussi possible la cession d'une pluralité de créances, d'une partie de la créance ou d'un droit indivis sur celle-ci. Dans cette hypothèse, de la même façon que pour les créances futures, il sera nécessaire que ces créances soient décrites comme étant l'objet de la cession ou qu'elles soient identifiables ».

une conception extensive de l'objet de la cession. Il en est de même de l'admission des cessions totale et partielle d'une créance, ainsi que de la validité de la cession d'un ensemble de créances. Certes, la cession d'une créance future, ainsi que celle d'un ensemble de créances, devront respecter l'exigence de détermination ou de déterminabilité de l'objet ; néanmoins, une telle limite n'empêche pas d'admettre que nos droits respectifs sont favorables à une appréhension large de la cession de créance. La restriction de la détermination ou de la déterminabilité de la créance se comprend aisément : il s'agit de garantir que les parties donnent leur consentement en connaissance de la portée de leur engagement.

C'est précisément en raison de cet élargissement de l'objet de la cession qu'il est permis d'affirmer que nos systèmes juridiques encouragent le mécanisme de la cession de créance. Mais il ne s'agit pas là de la seule façon de stimuler celle-ci. Il existe d'autres manières de promouvoir la cession, cette fois-ci en raison des conditions de forme.

§2- En raison de conditions de forme

638. Nous avons montré que la cession, en tant qu'acte translatif, est un contrat ayant une cause variable, ce qui explique qu'il doive respecter non seulement les conditions de validité de tout contrat¹⁷⁷², mais également les formalités de l'opération qu'il entend réaliser. En effet, la cession de créance n'est pas un contrat complètement autonome¹⁷⁷³. Par exemple, si la cession vise à réaliser une vente, il est indispensable que les parties aient la capacité de conclure un tel contrat et que le prix soit déterminé¹⁷⁷⁴. De même, nous avons souligné que dans le cas d'une cession de créance à titre de donation, hypothèse reconnue expressément par l'ordonnance du 10 février 2016, une forme authentique serait requise¹⁷⁷⁵.

¹⁷⁷² A. GOUËZEL, « Les opérations translatives » art. préc., G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 853, p. 731 s : « En tant que contrat, la cession de créance est donc soumise à l'ensemble des conditions de validité mentionnées dans l'article 1128 du Code civil. Le consentement des parties doit être libre et éclairé et les contractants doivent être capables, la capacité requise du cédant étant susceptible de varier selon que la cession se fait à titre onéreux ou gratuit... Si la cession de créance est aujourd'hui un contrat autonome, elle n'est, ni un contrat cadre, ni un contrat de prestation de service. Ainsi, elle ne relève pas des articles 1164 et 1165 qui autorisent la fixation unilatérale du prix par une partie. En conséquence, et en vertu de l'article 1163, alinéas 2 et 3, le prix de la cession doit être déterminé ou déterminable en vertu du contrat, par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties ».

¹⁷⁷³ V. *supra* n° 286.

¹⁷⁷⁴ La doctrine se prononçait déjà en ce sens sous l'ancienne législation : Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 424, p. 156 : « L'exigence de détermination du prix posée en matière de vente par l'article 1591 du Code civil s'applique par ailleurs à la cession de créance, même si c'est avec quelque souplesse. La cour de cassation admet en effet, lorsque la cession porte en bloc sur plusieurs créances, que la cession soit conclue moyennant un prix global, évitant d'avoir à attribuer un prix à chacune des créances ».

¹⁷⁷⁵ V. *supra* n° 286. Voir également en ce sens : A. BENABENT, *Droit des obligations*, op. cit., n° 699, p. 542 : « Cependant le nouvel article 1322 impose à peine de nullité la forme écrite (ce qui n'écarte pas la nécessité d'un acte notarié s'il s'agit d'une donation) » ; M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IX), LPA, 26 avril 2016, art. préc., spéc. art. 1322. *Contra* G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 859, p. 736 : « En outre, l'article 1322 du Code civil ne précisant pas, comme l'article 1253 de l'avant-projet Catala, que l'exigence d'un écrit se fait « sans préjudice des cas où

639. Laissant de côté les formalités relatives à l'opération voulue par les parties (vente, apport en société ou donation par exemple)¹⁷⁷⁶, la question se pose de savoir s'il existe d'autres formalités propres au contrat de cession. En d'autres termes, il convient de déterminer si la cession obéit à des conditions spécifiques. L'analyse du droit français et du droit colombien révèle une évolution importante à cet égard, qui conduit à reconnaître la tendance au durcissement des conditions de formation de la cession. En effet, si l'on peut constater qu'à l'origine nos législateurs civils ont appréhendé la cession de créance comme étant un contrat consensuel (A), on semble aujourd'hui s'orienter vers plus de formalisme. Cependant, il s'agit d'un formalisme très particulier qui peut être qualifié de formalisme de substitution : les formalités exigées par le législateur cherchent à se substituer à d'autres formalités jugées trop lourdes afin de renforcer l'attractivité de l'opération. C'est précisément parce que les nouvelles formalités de validité de la cession de créance ont en réalité pour finalité d'en remplacer d'autres qualifiées d'obsolètes et inefficaces qu'il est possible de soutenir, contrairement aux apparences, que ce formalisme de substitution favorise, indirectement, la réalisation de cessions (B).

A- Du principe du consensualisme

640. Les rédacteurs du Code Napoléon n'ont consacré aucune formalité conditionnant la validité de la cession de créance de droit commun (1). Le même constat peut être fait en ce qui concerne le Code civil colombien (2).

1- En droit français avant la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016

641. Conformément aux dispositions prévues dans le Code civil français avant la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, la cession de créance est appréhendée comme un contrat consensuel. En d'autres termes, pour qu'une cession soit valable, il suffit d'un accord de volontés entre le cédant et le cessionnaire¹⁷⁷⁷. Ce serait donc à partir d'un tel accord que l'on pourrait considérer que les parties sont obligées l'une envers l'autre et que, conformément à la particularité du droit français, la créance passe du patrimoine du cédant dans celui du cessionnaire. Certes, les parties peuvent se mettre d'accord afin de conditionner la validité et l'efficacité de leur accord à une formalité

la forme authentique est exigée » il peut être soutenu que la cession de créance à titre gratuit n'a pas à être passée par acte notarié, un écrit sous signature privé étant suffisant ».

¹⁷⁷⁶ L'analyse de ces formalités ne fera pas l'objet d'une étude approfondie dans le présent travail. Une telle analyse dépasse largement le cadre de notre recherche et ne se justifie pas, à notre sens, dans une étude générale comme celle que nous proposons.

¹⁷⁷⁷ E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, *op. cit.*, n° 297, p. 182.

quelconque. Mais l'accord conclu manifeste l'exercice de la liberté contractuelle sans remettre en cause le principe selon lequel la cession de créance de droit commun est un contrat consensuel. Une telle hypothèse se retrouve, par exemple, dans le cadre de cessions globales où les parties établissent dans un contrat cadre les conditions postérieures pour la réalisation de la cession¹⁷⁷⁸.

642. Même s'il s'agit d'un aspect sur lequel nous avons déjà eu l'occasion de faire quelques remarques¹⁷⁷⁹ et sur lequel nous reviendrons ultérieurement¹⁷⁸⁰, il est à dès à présent utile de préciser que la remise du titre à laquelle se réfère l'article 1689 du Code civil n'est nécessaire ni pour la validité, ni pour l'efficacité de la cession de créance. Cette remise est seulement l'une des manières d'accomplir l'obligation de délivrance¹⁷⁸¹. Cette disposition concerne donc l'exécution du contrat et non à sa formation¹⁷⁸²; raison pour laquelle les auteurs se réfèrent à la remise du titre comme étant un « effet » de la cession de créance¹⁷⁸³.

643. Le même constat relatif au principe du consensualisme de la cession de créance de droit commun peut être fait à l'égard du droit colombien. En effet, les rédacteurs du Code civil colombien n'ont consacré aucune formalité pour la validité du contrat de cession.

2- En droit positif colombien

644. Analysant la nature juridique de la cession de créance en droit colombien, nous avons pu montrer qu'en dépit de la position de la doctrine majoritaire et de la jurisprudence, celle-ci n'a pas été appréhendée par le législateur colombien comme étant un acte exclusivement de disposition, à la différence, par exemple, du droit allemand. Ce constat nous a permis de conclure qu'il n'existe pas en droit colombien, comme il n'existait pas en droit français avant la réforme introduite par l'ordonnance du 10 février 2016, de formalités à remplir pour la validité de la cession¹⁷⁸⁴. Cependant, et à l'instar du

¹⁷⁷⁸ E. CASHIN-RITAINE, *ibidem*, n° 310, p. 189 : « Si l'accord des parties inclut une forme particulière, la cession n'est valable que si cette forme est respectée. Concrètement, une telle exigence pourrait se rencontrer dans un accord-cadre préalable entre le cédant et le cessionnaire ».

¹⁷⁷⁹ V. *supra* n° 199 et s.

¹⁷⁸⁰ V. *infra* n° 667.

¹⁷⁸¹ A. BENABENT, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 700, p. 542 : « Entre les parties, la cession prend effet immédiat (art. 1323) et le cédant doit d'abord « délivrer » la créance, par remise du titre de créance au cessionnaire » ; Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 825, p. 659 : « Pour son efficacité, la cession de créance nécessite l'accomplissement de deux formalités : - d'une part, la remise du titre (C. civ., art. 1689), c'est-à-dire de l'instrument de preuve qui constate la créance : par exemple, une reconnaissance de dette, une part de société ».

¹⁷⁸² G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Droit civil*, t. II, *Les obligations, Le régime, op.cit.* n° 355, p. 317 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes, op. cit.*, n° 327, p. 361 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Cours de droit civil, Obligations, Régime, op. cit.*, n° 144, p. 261.

¹⁷⁸³ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Régime général, op.cit.*, n° 18, p. 9 : « La cession de créance est réalisée entre les parties solo consensus : la remise du titre n'est que l'objet de l'obligation de délivrance, à défaut de laquelle le cessionnaire ne pourrait agir en recouvrement contre le débiteur ».

¹⁷⁸⁴ La remise du titre exigée à l'article 1959 du Code civil n'a pour finalité que de permettre le transfert de la créance. Autrement dit, il s'agit de l'acte d'exécution de la cession et non d'une condition de sa validité.

droit français, les parties doivent respecter, dans tous les cas, des formalités de validité propres à l'opération voulue. Ainsi, si la cession de créance a lieu à titre de donation, elle doit être réalisée par acte notarié selon les termes de l'article 1459 du Code civil qui traite de la donation d'un droit à recevoir un montant périodiquement¹⁷⁸⁵. De même, et malgré l'inexistence de développements importants en la matière, si la cession de créance est réalisée à titre de vente, le prix doit être déterminé ou au moins déterminable conformément à la disposition prévue à l'article 1864 du Code civil¹⁷⁸⁶.

645. Nonobstant le caractère consensuel de la cession de créance reconnu par les rédacteurs du Code civil français et du Code civil colombien, nos législateurs s'orientent de plus en plus vers l'exigence de plusieurs formalités conditionnant la validité de la cession de créance. Il semble donc que nous assistions au passage du consensualisme au formalisme. Il s'agit toutefois d'un formalisme de substitution qui a en réalité pour finalité de promouvoir la cession.

B- Vers un formalisme de substitution

646. Si l'évolution vers un formalisme de substitution peut être constatée en droit français et en droit colombien, elle n'opère pas de la même manière dans chacun des deux systèmes juridiques. Le formalisme semble occuper une place plus importante en droit français qu'en droit colombien (1) où il ne commence qu'à se développer (2).

1- L'extension d'un formalisme de substitution en droit français

647. Si les rédacteurs du Code Napoléon n'ont prévu aucune formalité spécifique pour la validité de la cession de créance en droit commun, ce ne sera plus le cas après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations. En effet, celle-ci a prévu la nécessité d'un écrit pour qu'une cession de droit commun soit valable (a). Outre ce changement annoncé, le formalisme est aussi important en de droit spécial (b).

a) Le droit commun après la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016

648. Le nouvel article 1322 issu de l'ordonnance du 10 février 2016 dispose que « *La cession de créance doit être constatée par écrit, à peine de nullité* ». Malgré une rédaction qui, littéralement, pourrait

¹⁷⁸⁵ D'après cette disposition, lorsque l'objet de la donation est le droit de recevoir périodiquement un certain montant, l'autorisation du notaire est nécessaire lorsque ledit montant à recevoir pendant une décennie dépasse les deux milles pesos. En tenant compte du montant établi, il est possible d'arriver à la conclusion que la cession d'une créance à titre de donation requiert dans tous les cas l'exigence d'un acte passé devant notaire.

¹⁷⁸⁶ J.-G. ESCOBAR MARULANDA et J.-E. OSSA MUNERA, *La naturaleza jurídica de la cesión del crédito*, op. cit., p. 249.

laisser entendre que le législateur a consacré une formalité *ad probationem* et non *ad validitatem*, il paraît incontestable qu'il ait consacré une condition de validité de la cession¹⁷⁸⁷. Afin de respecter cette exigence de l'écrit¹⁷⁸⁸, les parties pourront utiliser un acte sous seing privé ou un acte authentique. Néanmoins, dans le cas d'une cession de créance à titre de donation, l'acte authentique s'impose. La raison en est, nous le répétons, que la cession de créance n'est pas un contrat autonome¹⁷⁸⁹. De la sorte, elle doit respecter les formalités et, en général, les conditions de l'opération qu'elle entend réaliser¹⁷⁹⁰. Comme nous le préciserons par la suite, cette disposition peut être analysée comme une contrepartie de l'assouplissement des formalités d'opposabilité de la cession, ce qui se traduit, *in fine*, par une mesure ayant pour finalité ultime d'encourager la réalisation de la cession¹⁷⁹¹. La question se pose pourtant de savoir si un tel écrit doit répondre à des exigences particulières. Nous ne le pensons pas. Le législateur n'ayant rien précisé dans ce sens, il n'appartient pas à l'interprète de le faire¹⁷⁹².

649. Nonobstant, une précision doit être faite concernant la date de l'acte. Le nouvel article 1322 du Code civil n'indique pas qu'une telle date soit une condition de validité de l'écrit « constatant » la cession. Cependant, le nouvel article 1323 du même code prévoit que le transfert s'opère entre les parties et à l'égard des tiers à la date de l'acte. Il est possible que la doctrine et la jurisprudence essaient de transposer les solutions adoptées en matière de cession Dailly pour laquelle, malgré le rôle essentiel de la date du bordereau qui détermine le moment du transfert à l'égard des parties et à l'égard des tiers, le législateur a aussi gardé le silence à propos du caractère obligatoire ou non d'une telle mention¹⁷⁹³. Nous considérons, pour notre part, que l'absence de date sur l'acte de cession ne doit pas nous

¹⁷⁸⁷ B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats*, *op.cit.*, n° 1078, p. 269 : « Or, l'article 1322 sanctionne de nullité le défaut de constatation de la cession alors qu'il aurait dû viser la conclusion de la cession puisque celle-ci n'existera pas si un écrit n'est pas dressé » ; O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, art. 1322, p. 641.

¹⁷⁸⁸ Compte tenu des évolutions en matière électronique, on doit comprendre l'écrit comme incluant tout ce qui peut avoir un support même s'il ne s'agit pas de papier. En matière de cession Dailly par exemple, les auteurs soulignent qu'il est possible de tenir compte d'un bordereau adressé par télécopie dès lors que la jurisprudence admet l'acceptation d'une cession réalisée par télécopie : D. LEGEAIS, *Traité, Opérations de crédit*, *op. cit.*, n° 856, p. 474.

¹⁷⁸⁹ V. *supra* n° 286.

¹⁷⁹⁰ M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IX), *LPA*, 26 avril 2016, art. préc.

¹⁷⁹¹ A. GOUÉZEL, « Les opérations translatives », *LPA*, art. préc. ; Ch. GIJSBERS, « Le nouveau visage de la cession de créance », art. préc., spéc. p. 52.

¹⁷⁹² M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IX), *LPA*, 26 avril 2016, spéc. art. 1322 où l'auteur critique précisément le fait que les rédacteurs n'aient pas imposé de mention obligatoire.

¹⁷⁹³ L'analyse du débat en matière de cession Dailly dépasse le cadre de notre étude. Il suffira de signaler que pour certains auteurs, le bordereau non daté devrait pouvoir produire certains effets. D'autres affirment que le bordereau non daté pourrait produire les effets d'une cession ordinaire alors que d'autres considèrent qu'il pourrait s'analyser tout au plus en une offre de cession. Voir pour une présentation détaillée à propos d'un tel débat : D. LEGEAIS, *Traité, Opérations de crédit*, *op. cit.*, n° 862 et s., p. 478 et s. Voir en faveur du caractère obligatoire de la mention de la date : J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 516, p. 494 : « Encore faut-il que le bordereau soit daté, car il résulte a contrario de l'art. L. 313-27, al. 1, qu'une cession non datée ne produit aucun effet entre les parties. La datation du bordereau a ainsi été érigée par le législateur en une véritable condition de fond de la cession. Ce n'est qu'à compter de cette date que l'établissement de crédit devient propriétaire des créances répertoriées sur le bordereau ».

conduire à conclure à la nullité de l'opération¹⁷⁹⁴. Cependant, nous partageons la position de certains auteurs considérant que les rédacteurs auraient pu être plus exigeants et requérir que la date soit une mention obligatoire¹⁷⁹⁵. La principale difficulté, qui avait déjà été soulignée par certains commentateurs de l'avant-projet Catala dans lequel la date de l'écrit n'avait pas non plus été exigée à peine de nullité¹⁷⁹⁶, sera celle du moyen de prouver une telle date¹⁷⁹⁷. A des fins de sécurité juridique, les parties pourraient faire enregistrer un acte sous seing-privé ou se servir d'un acte authentique¹⁷⁹⁸. Cette solution serait pourtant paradoxale étant donné que le but de la réforme était d'alléger le formalisme¹⁷⁹⁹.

650. A la différence de la rédaction de l'article L. 313-27, alinéa 1^{er} du Code monétaire et financier, les rédacteurs de la réforme n'ont pas prévu que la cession « *prend effet entre les parties à la date de l'acte* ». Le nouvel article 1323 du Code civil dispose seulement qu'entre les parties et à l'égard des tiers, le transfert s'opère à la date de l'acte. Mais, comme nous le verrons plus loin, à côté de l'effet translatif, la cession produit d'autres effets à caractère obligationnel. Faudrait-il donc conclure que les effets obligationnels doivent se produire aussi nécessairement à la date de l'acte ? Nous ne le pensons pas. Le cessionnaire devrait pouvoir exiger les différentes obligations qui découlent de l'acte de cession et cela même si l'écrit ne mentionne pas de date. Une autre question sera pour lui de déterminer la date afin de faire valoir le transfert de la créance en sa faveur¹⁸⁰⁰.

¹⁷⁹⁴ Contra Ph. VAN STEENLANDT, *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, op. cit., n° 387, p. 288-289 qui, en faisant référence aux textes des différents avant-projets à ce sujet, souligne qu'« à défaut de date, l'exigence d'un écrit n'aurait plus beaucoup d'utilité : davantage que prouver l'existence de la cession de créance, c'est la date à laquelle elle s'est réalisée qui importe ».

¹⁷⁹⁵ Voir les commentaires d'un auteur à propos de l'importance de la date en matière de nantissement de créance en droit commun : Ph. VAN STEENLANDT, *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, ibidem, n° 24, p. 25 et s.

¹⁷⁹⁶ La lecture des articles 1253 et 1254 de l'avant-projet Catala permet d'aboutir à cette conclusion.

¹⁷⁹⁷ Ph. EMY, « A propos de l'opposabilité d'une cession de créance », art. préc., n° 41, spéc. n° 13, p. 2891.

¹⁷⁹⁸ M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IX) », *LPA*, 26 avril 2016, art. préc.

¹⁷⁹⁹ S. MILLEVILLE, « Réforme du droit des contrats et des obligations : l'opposabilité de la cession de créance », art. préc.

¹⁸⁰⁰ Voir en ce sens à propos de la cession Dailly : J.-P. CHAZAL, « Cession de créances, transfert de propriété et loi Dailly », *D.* 2000, 567, spéc. 5 : « La mention de la date ne conditionne donc pas l'existence de la cession, mais seulement ses effets inter partes et son opposabilité erga omnes. C'est la convention qui forme la cession, de sorte qu'elle existe dès l'échange de consentements, s'agissant de la cession de créance de droit commun, où dès la remise du bordereau pour la cession selon les formes de la loi Dailly. La date du bordereau n'a d'influence que sur le moment où la cession de créance produit ses effets, et non sur le principe de son existence ». Voir contra Ph. VAN STEENLANDT, *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, op. cit., n° 387, p. 288 : « Relevons en effet que si l'ordonnance du 10 février 2016 n'exige pas expressis verbis la mention de la date sur l'acte de cession ad validitatem, cette nécessité ressort de la conjonction des articles 1322 et 1323. Le premier texte dispose qu'« la cession de créance doit être constatée par écrit, à peine de nullité ». Le second énonce que le transfert de la créance est opposable aux tiers dès la date de l'acte. La solennité de l'acte de cession voulue par le législateur n'a d'autre sens que d'assurer une datation de l'instrumentum servant de référent aux tiers. A défaut de date, l'exigence d'un écrit n'aurait plus beaucoup d'utilité : davantage que prouver l'existence de la cession de créance, c'est la date à laquelle elle s'est réalisée qui importe ». Nous pouvons noter que l'ordonnance mentionne expressément la date pour fixer les effets du transfert. La date serait donc une condition d'efficacité de la cession à l'égard des parties et à l'égard des tiers. Cependant, elle ne serait pas une condition de validité. Rapp. A. BENABENT et L. AYNES, « Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général », *D.* 2016, 434, spéc. p. 437 : « Elle (la cession de créance) est simplifiée par suppression de la fameuse signification de l'article 1690 actuel. Il faut un écrit ad validitatem, dont la date s'impose tant entre les parties qu'envers les tiers, hormis le débiteur pour qui l'opposabilité est subordonnée à une notification ou une prise d'acte ».

651. Quoiqu'il en soit, l'exigence de l'écrit doit être saluée¹⁸⁰¹. Comme nous l'avons souligné, elle est la contrepartie de l'assouplissement des lourdes formalités d'opposabilité de la cession consacrées par les rédacteurs du Code Napoléon¹⁸⁰². Il est vrai qu'une partie importante de la doctrine critique l'exigence de l'écrit à peine de nullité. Pour certains auteurs, « *il s'agit d'une instrumentalisation critiquable de la nullité* » dont « *les hésitations quant à la portée de la sanction en sont le symptôme* »¹⁸⁰³. En effet, la doctrine s'interroge sur le caractère absolu ou relatif de la nullité. Même si la nullité relative semble privilégiée¹⁸⁰⁴, un auteur a pu souligner que « *toutes les nullités de forme ne sont pas relatives, et que l'exigence d'écrit protège en un certain sens le cédé* »¹⁸⁰⁵. Nous penchons, pour notre part, en faveur de la nullité absolue. Il nous semble que cette exigence tend à protéger non seulement les parties mais également le débiteur de la créance cédée. Ainsi, laissant de côté les critiques quant aux doutes relatifs à la portée de la nullité et sans vouloir entrer dans le débat à propos du formalisme contractuel et des différentes raisons qui peuvent le justifier¹⁸⁰⁶, plusieurs raisons peuvent être invoquées en faveur de l'exigence de l'écrit. Tout d'abord, elle a pour but d'éviter les fraudes et de tenter de compenser la suppression de la signification et de l'acceptation du débiteur dans un acte authentique, requises aux fins d'opposabilité de l'effet translatif de la cession¹⁸⁰⁷. Plus précisément, le fait que, pour la résolution des conflits entre les titulaires d'un droit concurrent sur une créance cédée, ce soit la date de la cession qui soit prise en compte explique l'exigence d'un écrit portant une telle date. Au-delà de cette justification, on peut rappeler que l'écrit implique aussi un support qui permet aux parties de mieux réaliser la vraie portée des obligations auxquelles elles se soumettent en protégeant ainsi leur volonté¹⁸⁰⁸. En outre, cet écrit sera nécessaire pour le cessionnaire dans le cas où le débiteur lui demande une preuve de la certitude de la cession. On l'a vu en effet, en raison de la nécessité de protection du débiteur, il convient de lui

¹⁸⁰¹ Cependant, certains auteurs soulignent que l'exigence d'un écrit *ad validitatem* pourrait être discutée : M. JULIENNE, « Cession de créance : transfert d'un bien ou changement de créancier », art. préc., p. 69 qui en se référant au traitement de la cession dans le projet d'ordonnance affirme qu'on pourrait discuter l'exigence *ad validitatem* d'un écrit constatant la cession alors que, par exemple, une telle exigence n'était pas consacrée dans le projet « Terré ».

¹⁸⁰² C. FRANÇOIS, « Présentation des articles 1321 à 1326 de la nouvelle section 1 « La cession de créance » », *La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1*, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre4/chap2/sect1-cession-creance/> (consulté le 31 août 2016).

¹⁸⁰³ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., art. 1322, p. 641. Voir également quant aux doutes relatifs au type de nullité : M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, op. cit., n° 159, p. 104 ; J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations, Régime général*, 4^e éd., op. cit., n° 466, p. 459.

¹⁸⁰⁴ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *ibidem*.

¹⁸⁰⁵ M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, op. cit., n° 159, p. 104, note 16 en se référant à la position de Ch. GIJSBERS, « Le nouveau visage de la cession de créance », *Dr. et patr.*, juil. 2016, n° 260, p. 48

¹⁸⁰⁶ Voir à propos de ce débat en ce qui concerne les formalités en matière de sûretés réelles : Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, op. cit., n° 272 et s., p. 262 et s.

¹⁸⁰⁷ Ph. DUPICHOT, « Pour une classification fonctionnelle des opérations sur créances dans le nouveau régime général des obligations », *Dr. et patr.*, n° 246, avril 2015, p. 22 qui se réfère à l'avant-projet de réforme présenté par la chancellerie. Cependant, et compte tenu du fait que la règle mentionnée a été maintenue dans l'ordonnance du 10 février 2016, les explications de l'auteur sont transposables à notre analyse : « *L'histoire bégaie et à nouveau, la solennité d'une règle de forme, (la cession devant « être constatée par écrit à peine de nullité ») chasse l'exploit d'huissier exigé autrefois pour la validité du nantissement et encore aujourd'hui pour l'opposabilité de la cession* ».

¹⁸⁰⁸ S. FORTICH, *Essai sur le formalisme contemporain dans la protection du consentement contractuel*, thèse Paris II, 2016, n° 89, p. 44.

reconnaître la possibilité de demander de telles informations au cessionnaire¹⁸⁰⁹. Enfin, l'écrit permet l'identification de l'objet lorsque celui-ci est futur et sert aussi à déterminer le titulaire du pouvoir exclusif et l'étendue des prérogatives qu'il confère¹⁸¹⁰.

652. Si, à partir de l'entrée en vigueur de l'ordonnance, la cession de droit commun cessera d'être consensuelle pour être soumise à l'exigence d'un écrit, il convient toutefois de souligner qu'un tel formalisme n'est pas nouveau en droit français ; il existait déjà dans le domaine du droit spécial. D'ailleurs, plusieurs auteurs tiennent à signaler que le formalisme instauré en droit commun est une conséquence de l'influence du droit spécial sur celui-ci¹⁸¹¹.

b) Le droit spécial

653. En ce qui concerne le droit spécial, trois exemples illustrent le rôle particulier du formalisme en matière de cession de créance. Commençons par mentionner le cas de la cession Dailly. Bien que le législateur ait assoupli les conditions d'opposabilité de la cession de créances professionnelles, les formalités concernant sa validité sont très strictes. En effet, le bordereau est un écrit qui doit comporter plusieurs mentions obligatoires et, même s'il ne peut être qualifié d'effet de commerce, il s'agit d'un titre formaliste. En effet, aux termes de l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier, le bordereau doit porter la dénomination de l'opération réalisée, c'est-à-dire celle d'« acte de cession de créances professionnelles », et doit mentionner les dispositions du Code monétaire auxquelles l'acte est soumis. En outre, le bordereau doit comporter le nom de l'établissement bancaire bénéficiaire de la cession et la désignation ou individualisation des créances cédées¹⁸¹². Le caractère obligatoire de la signature du cédant et de la date du bordereau fait l'objet d'un débat important. Cependant, la doctrine majoritaire et la jurisprudence penchent en faveur du caractère nécessaire de telles mentions, sous peine de nullité du bordereau¹⁸¹³. Indépendamment des discussions mentionnées,

¹⁸⁰⁹ V. *supra* n° 474.

¹⁸¹⁰ J. DUBARRY, *Le transfert conventionnel de propriété, Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, *op.cit.*, n° 631, p. 349-350.

¹⁸¹¹ Ph. DUPICHOT, « Pour une classification fonctionnelle des opérations sur créances dans le nouveau régime général des obligations », art. préc. p. 22.

¹⁸¹² Il est important de préciser que la désignation du débiteur cédé n'est pas une mention obligatoire du bordereau mais qu'il peut s'agir d'un élément permettant aux parties de réaliser l'identification des créances : D. LEGEAIS, *Traité, Opérations de crédit*, *op. cit.*, n° 857, n° 474

¹⁸¹³ J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations, Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 514, p. 491-492 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 1427, p. 808-809 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n° 340, p. 374 : « *Qu'il s'agisse de la cession des créances « professionnelles » (art. L. 313-23 et s) ou de celle au profit des sociétés de crédit foncier (art. L. 515-21), qui, historiquement, s'en est visiblement inspirée, la transmission des créances repose sur un formalisme impératif, ce qui déroge au caractère consensuel du transport de créances de droit commun* » ; Nîmes, 23 mai 1991, *JCP G*, IV, n° 48, 102978. Voir en faveur de l'inefficacité du bordereau : Cass. com., 7 mars 1995, n° 93-12257, *Bull. civ.* IV, n° 66 ; *RTD com.* 1995, p. 632, obs. M. Cabrillac qui précise que l'article 1^{er} de la loi du 2 janvier 1981 ne fait pas figurer la date parmi les mentions nécessaires pour que le titre vaille comme acte de cession ou de nantissement. L'auteur précise que le bordereau non daté n'est qu'un document dont la remise n'a pas pu réaliser la cession, mais qu'il peut

le formalisme du bordereau semble être justifié par le fait que sa seule remise investirait le cessionnaire de la propriété de la créance¹⁸¹⁴.

La cession fiduciaire conforte l'idée de renouveau du formalisme dans le domaine de la cession de créance. Conformément aux dispositions prévues aux articles 2011 et suivants du Code civil, la fiducie doit être constatée par écrit. Il est vrai que le législateur n'a pas expressément prévu une telle condition. Cependant, la lecture de ces dispositions permet d'aboutir à cette conclusion étant donné qu'y sont évoquées de nombreuses mentions obligatoires à faire figurer dans le contrat de fiducie¹⁸¹⁵. De plus, l'article 2019 du même code dispose que le contrat de fiducie et ses avenants doivent être enregistrés, à peine de nullité, dans le délai d'un mois. Cette exigence d'enregistrement ne laisse donc aucun doute quant à la nécessité d'un acte écrit pour la validité d'une cession fiduciaire de créance. Cette conclusion est encore renforcée par l'article 2018-2 du Code Civil concernant spécifiquement la cession de créance à titre fiduciaire.

Enfin, et même s'il ne s'agit pas d'une hypothèse de cession de créance, l'exigence d'un écrit à peine de nullité en matière de nantissement de créance instaurée par la réforme de 2006 peut également avoir inspiré la nouvelle règle en matière de cession de créance de droit commun, sachant qu'il s'agit également d'une opération sur une créance. Une telle exigence renforce la thèse selon laquelle la tendance en matière de cession de créance, et plus largement en matière d'opérations sur créances, est au formalisme *ad validitatem*¹⁸¹⁶.

654. Si le droit français témoigne d'une préférence pour la solennité aux fins de validité en matière de cession de créance, il en est de même en droit colombien. Cependant, à la différence du droit français, il s'agit d'une évolution qui commence à peine à se développer.

2- L'ébauche d'un formalisme de substitution en droit colombien

655. Comme on l'a évoqué antérieurement, le législateur colombien a reconnu expressément la validité de la cession de créance à titre de garantie dans le cadre de la réforme des garanties mobilières introduite par la loi n° 1676 du 20 août 2013. A partir de cette nouvelle législation

être analysé en une offre de cession. Certains auteurs avaient suggéré que le bordereau non daté ait des effets au moins entre les parties : J. STOUFFLET, *J.-Cl. Banque*, fasc. 570, n° 28 ; J.-L. RIVES-LANGE, obs. sur T. com. Lyon 19 juin 1991, *Banque* 1992. 100.

¹⁸¹⁴ Th. BONNEAU, *Droit bancaire, op.cit.*, n° 748, p. 546 ; D. LEGEAIS, *Traité, Opérations de crédit, op. cit.*, n° 834, p. 463.

¹⁸¹⁵ D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 6^e éd., LGDJ, 2008, n° 750, p. 518 : « La fiducie prend nécessairement la forme d'un écrit comprenant un certain nombre de mentions. C'est donc un contrat solennel. L'article 2018 exige ainsi que le contrat détermine à peine de nullité, les biens, droits ou sûretés transférées ; la durée du transfert, l'identité du ou des constituants, l'identité du ou des fiduciaires, l'identité du ou des bénéficiaires ou à défaut les règles permettant leur désignation ; la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition ».

¹⁸¹⁶ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, art. 1322, p. 641 ; M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme, op. cit.*, n° 159, p. 104.

inspirée des règles de la CNUDCI¹⁸¹⁷, il a été possible de constater que le contrat de garantie mobilière a été conçu comme un contrat solennel conclu entre le constituant de la garantie et le créancier garanti¹⁸¹⁸. L'article 14 de la loi colombienne exige que le contrat soit conclu par écrit, ce qui témoigne du caractère formaliste de la cession à titre de garantie¹⁸¹⁹.

En outre, il est précisé qu'un tel contrat doit contenir les noms, l'identification et la signature des contractants, le montant maximal de la garantie, la description générique ou spécifique des biens donnés en garantie, la description des obligations garanties présentes ou futures, ou des éléments permettant leur identification.

Indépendamment de la finalité poursuivie par l'exigence de l'écrit et des mentions obligatoires auxquelles nous venons de faire référence, lesquelles semblent s'expliquer par une volonté de protection des tiers, l'un des principaux buts en matière de sûretés réelles¹⁸²⁰, ce qui est certain est que le législateur colombien penche pour la solennité au moment de la constitution de la cession de créance à titre de garantie.

656. En outre, les dispositions du Code de commerce relatives à la fiducie confortent la tendance au développement du formalisme en matière de cession de créance. Il est vrai qu'il n'existe pas, en droit colombien, de disposition spéciale, comme en droit français, relative à la possibilité de réaliser une cession fiduciaire d'une créance¹⁸²¹. Cependant, une telle possibilité doit être admise étant

¹⁸¹⁷ A. ECHAVARRIA DAPENA, *Análisis de la ley 1676 de 2013: Garantías mobiliarias*, Universidad EAFIT, Escuela de derecho, Medellín, 2014, monografía de grado para optar al título de abogado, disponible sur le site: <https://repository.eafit.edu.co/xmlui/bitstream/handle/10784/5253/ANALISIS%20DE%20LA%20LEY%201676%20DE%202013%20GARAN%20T%20IAS%20MOBILIARIAS.pdf?sequence=2&isAllowed=y> (consulté le 29 septembre 2015), p. 45.

¹⁸¹⁸ A. ECHAVARRIA DAPENA, *ibidem*. Cependant, certains auteurs semblent défendre la position contraire en affirmant que la cession de créance serait un contrat consensuel à la lumière de l'article 24 de la loi 1676 de 2013 car elle aurait des effets entre les parties, cédant et cessionnaire, à partir de l'accord de constitution de la garantie : M.-E. CAMACHO LOPEZ, « La cesión de créditos en garantía, de acuerdo con la Ley 1676 de 2013 », art. préc., p. 169.

¹⁸¹⁹ Le législateur colombien reconnaît comme étant écrit n'importe quel type de message de donné conformément à ce qui est prévu à l'article 6 de la loi 527 de 1999.

¹⁸²⁰ Comme une partie de la doctrine française l'affirme en faisant référence au « formalisme de sécurité juridique » : Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Préf. M. Grimaldi, Edition Panthéon-Assas, 2005, n° 592, p. 459 ; Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, *op. cit.*, n° 278, p. 268-269.

¹⁸²¹ Il convient pourtant de signaler que la cession fiduciaire de créance à titre de garantie n'opère pas de la même façon en droit français et en droit colombien. Cette différence pourrait s'expliquer par l'interdiction, en droit colombien (art. 1244 du Code de commerce), de la possibilité que le fiduciaire acquière, à la fin de la fiducie, la propriété des biens objet de la fiducie. Cela signifie, *in fine*, qu'à la différence du droit français, le créancier ne pourrait pas être le bénéficiaire ou, au moins, le seul bénéficiaire d'une fiducie à titre de garantie. En effet, le but de l'opération est qu'en cas de défaillance du débiteur, le créancier bénéficiaire de la fiducie puisse bénéficier de la propriété ou de la titularité de la créance. En ce qui concerne le *fideicomis* en matière de droit civil, la difficulté provient du fait que l'article 822, alinéa 6 du Code civil prévoit, parmi les causes d'extinction du *fideicomis*, la confusion de la qualité de l'unique bénéficiaire avec celle de l'unique fiduciaire. À la différence du droit colombien, le législateur français a prévu à l'article 2016 du Code civil que « *Le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie* ». Cela montre bien que la réglementation de la fiducie en droit français favorise son utilisation à titre de garantie, et plus précisément que le créancier peut bénéficier d'un tel mécanisme pour se faire consentir une garantie. Voir en ce sens : S. FERRER-DEHEZA, « De la coincidencia de roles en el fideicomiso en garantía y la cuestión en el proyecto de Código civil y comercial unificado », http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/de_la_coincidencia_de_rols_en_el_fideicomiso_de_garant%20a_y_la_cues%20tion_en_el_proyecto_de_codigo_civil_y_comercial_unificado.pdf (consulté le 15 juillet 2017), p. 12 où l'auteur signale que même s'il ne s'agit pas d'une interdiction expresse, cela s'entend implicitement de la lecture des articles 1226 et 1244. En ce

donné que le législateur a prévu que la fiducie peut avoir pour objet tout type de biens : il n'existe donc pas de raison d'en exclure les créances. Il convient de signaler que le législateur a soumis la validité de cette opération à la rédaction d'un écrit. La nécessité de l'écrit est confortée par le nombre d'exigences prévues pour la validité du contrat de constitution de la fiducie. Le caractère solennel de la fiducie peut difficilement être mis en question. Il se peut d'ailleurs que les nouvelles règles relatives à la cession de créance en garantie se soient inspirées des règles prévues dans le Code de commerce en matière de fiducie. La nécessité d'un écrit *ad validitatem* pourrait bien s'expliquer par la suppression de l'exigence de la remise du titre constatant la créance prévue à l'ancien article 2414 du Code civil colombien en matière de gage sur créance¹⁸²², une formalité qui était jugée lourde et obsolète.

657. Nonobstant le caractère consensuel de la cession de créance consacré par nos législateurs civils, il est indéniable que l'on assiste, en droit français comme en droit colombien, à un mouvement orienté vers le durcissement des conditions de formation de la cession de créance. Cette tendance semble se justifier par un besoin de protection des tiers ainsi que par le souhait d'empêcher ou, à tout le moins, de rendre plus difficile la fraude. De plus, en ce qui concerne le droit français, l'exigence d'une forme écrite prévue par l'ordonnance du 10 février 2016 paraît s'expliquer principalement par l'idée d'écarter une formalité lourde aux fins d'opposabilité d'un acte, telles la signification ou l'acceptation dans un acte authentique. Mais à y regarder de plus près, l'on s'aperçoit que cette sorte de « formalisme de substitution » n'est pas complètement méconnue du législateur colombien : l'exigence de l'écrit en matière de cession de créance à titre de garantie pourrait bien s'expliquer comme une formalité destinée à se substituer à l'ancienne remise de titre exigée pour l'existence et la validité du gage sur créance.

Ce constat étant fait, et indépendamment des critiques que l'on pourrait faire à la substitution d'une formalité d'opposabilité d'un acte par une formalité de validité de celui-ci, comme c'est le cas en droit français, le déclin du consensualisme en matière de cession de créance semble implacable. Pour autant, ce constat ne doit pas nous conduire à y voir une évolution défavorable à la cession de créance. En effet, comme nous l'avons déjà souligné, l'exigence d'un écrit pour la validité de la cession s'explique par la volonté de supplanter d'autres formalités jugées trop lourdes ou

qui concerne cette première disposition, cela s'expliquerait par le fait qu'elle fait référence à « un tiers » expressément (à défaut du fiduciaire), ce qui exclurait toute participation du fiduciaire au profit de l'opération. En ce qui concerne la seconde disposition, la raison résiderait dans le fait de l'interdiction de stipuler que le fiduciaire puisse, à la fin de l'opération, devenir propriétaire des biens objet de la fiducie. Voir également en ce sens: R. RENGIFO, *La fiducia, Legislación nacional y derecho comparado*, p. 329.

¹⁸²² Voir l'ancien article 2414 du Code civil colombien qui a été abrogé par l'article 91 de la loi n° 1676 du 20 août 2013 sur les garanties mobilières.

inefficaces, telles la signification ou l'acceptation dans un acte authentique en droit français ou la remise du titre constatant la créance en droit colombien.

658. **CONCLUSION DE LA SECTION I.** L'analyse des conditions de formation propres au contrat de cession, indépendamment de l'opération spécifique voulue par les parties (vente, donation, dation en paiement, etc.), permet de faire un double constat. Premièrement, on assiste à un durcissement des conditions de validité de l'acte de cession. La tendance à l'exigence d'un acte écrit *ad validitatem* en témoigne. Deuxièmement, nos systèmes juridiques se montrent de plus en plus favorables à l'élargissement de l'objet de la cession en admettant la cessibilité de créances monétaires et non monétaires, certaines et incertaines. Il en est de même de la possibilité de réaliser une cession totale ou partielle de la créance, ou encore d'un ensemble de créances.

Si, à première vue, ces deux constats reflètent des tendances contradictoires -tantôt favorable, tantôt défavorable à la cession-, une autre conclusion s'impose. Dans les deux hypothèses, l'on a pu constater que la finalité du législateur était d'encourager le mécanisme de la cession de créance. Il est vrai que l'élargissement des créances pouvant faire l'objet de cession est incontestablement un élément tendant à faciliter la conclusion de la cession alors que ce n'est pas le cas dans l'hypothèse de l'exigence d'une formalité *ad validitatem*. Cependant, nous avons pu montrer que dans le cas spécifique de la cession de créance, l'exigence de l'écrit pour la validité de la cession avait pour but, en réalité, d'écarter une autre formalité plus lourde et dissuasive pouvant décourager le recours à la cession de créance. Ainsi, et même si ce n'est que de façon indirecte, l'exigence de l'écrit pour la validité de l'acte de cession a pour véritable finalité de promouvoir le mécanisme de la cession.

Si la conclusion de la cession de créance est encouragée selon les termes que l'on vient de signaler, il reste à déterminer les effets *inter partes* de la cession. Ce sera l'occasion de montrer que ces effets sont, quant à eux, encadrés.

Section II- L'encadrement des effets de la cession

659. Le contrat de cession conclu entre un cédant et un cessionnaire produit plusieurs effets différents parmi lesquels le transfert de créance est l'un des plus importants. Si de manière générale ce transfert s'aligne sur le transfert des autres biens, il présente cependant des particularités qui méritent d'être soulignées (§1). Étroitement liée à la nature translatrice de la cession, la garantie due par le cédant au cessionnaire constitue un autre effet caractéristique du contrat de cession. Cependant, en raison de la particularité de son objet, la créance, une telle garantie est, par nature, limitée (§2). Outre ces deux principaux effets, la cession de créance produit d'autres effets complémentaires mais pas moins

importants. Au regard de la nature polyvalente du contrat de cession, la diversité de ces effets doit être mise en exergue (§3).

§1- Le transfert de la créance et ses particularités

660. Personne ne remet en question le caractère translatif de la cession de créance cependant, le transfert d'une créance soulève différentes questions. L'une des principales interrogations est de déterminer s'il résulte directement de la conclusion du contrat ou si, au contraire, il découle de l'exécution d'une obligation de donner. Il s'agit d'une question largement débattue en droit français alors que ce n'est pas le cas en droit colombien¹⁸²³. Indépendamment de la position adoptée, nous pouvons constater que le seul accord de volontés ne suffit pas à opérer le transfert de la créance du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire, ni en droit français ni en droit colombien. Il convient de souligner qu'un tel constat ne préjuge pas du moment du transfert. En d'autres termes, celui-ci peut avoir lieu soit au moment même de la conclusion du contrat, soit plus tard. Pour ces raisons, on peut affirmer que le transfert a un caractère solennel, indépendamment du moment de son accomplissement (A). Outre cette particularité, nous allons voir que le transfert opéré par la cession porte non seulement sur la créance mais également sur ses accessoires, ce qui permet d'affirmer qu'il a un caractère étendu (B). Puis, nous constaterons que ce transfert peut être aussi bien définitif que temporaire ; cette dernière particularité expliquant que l'on puisse le qualifier de flexible (C).

A- Le caractère solennel du transfert, indépendamment du moment de son accomplissement

661. Pour un juriste français, l'affirmation selon laquelle le transfert de créance est une opération solennelle peut paraître étonnante, et cela indépendamment de l'existence ou non de l'obligation de donner. Rappelons que le Code Napoléon a tissé un lien très étroit entre la formation et l'exécution du contrat¹⁸²⁴. Avant la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, aucune règle de forme n'était prévue pour la validité du contrat de cession, de sorte que les détracteurs de l'obligation de donner comme les partisans de celle-ci admettaient la règle selon laquelle le transfert d'une créance du patrimoine du cédant dans celui du cessionnaire s'opérait *solo consensu*.

La différence entre les uns et les autres résidait dans le fait que si pour les premiers le transfert était un simple effet direct du contrat de cession, ayant un caractère consensuel, pour les seconds, le transfert n'était qu'un effet indirect du contrat résultant de l'exécution de l'obligation de

¹⁸²³ V. *supra* n° 134.

¹⁸²⁴ Ph. CHAUVIRE, *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens, op. cit.*, n° 227, p. 148.

donner. Une telle exécution aurait pourtant lieu par le biais d'une tradition civile ou intellectuelle ; autrement dit, par le seul consentement des parties. Certes, les partisans de l'obligation de donner distinguent clairement entre le consentement donné à la conclusion du contrat et celui nécessaire au transfert de la créance mais cette distinction ne remet en question ni le caractère consensuel du transfert ni son caractère concomitant au contrat de cession¹⁸²⁵.

Il convient pourtant de préciser qu'une telle solution ne s'impose qu'à l'égard des parties au contrat et pour l'hypothèse concrète d'une cession de créance existante au moment de la conclusion du contrat de cession. En effet, la règle prévue à l'article 1690 du Code civil français selon laquelle « *Le cessionnaire n'est saisi à l'égard de tiers qu'à partir de la signification de la cession au débiteur ou de l'acceptation de la cession par celui-ci dans un acte authentique* » a conduit la doctrine majoritaire à reconnaître une dissociation du transfert de la créance à l'égard des parties et à l'égard des tiers¹⁸²⁶.

De même, pour la cession d'une créance future, on doit admettre que si le contrat de cession est efficace entre les parties à compter de l'accord de volontés, l'acquisition de la créance par le cessionnaire ne peut avoir lieu qu'au moment de la « naissance » d'une telle créance, ou de la stipulation d'une date postérieure. Le caractère « futur » de l'objet du contrat impose cette solution à défaut de clause contraire. Dans tous les cas, par rapport aux tiers, il convient de tenir compte de la signification ou de l'acceptation dans un acte authentique¹⁸²⁷. Cela n'implique cependant pas que le cessionnaire reste sans aucune protection entre la conclusion du contrat de cession et la naissance de la créance : il est créancier d'une obligation de donner et, par conséquent, le cédant engagerait sa responsabilité en cas de violation de son engagement contractuel¹⁸²⁸.

L'ordonnance du 10 février 2016 est venue bouleverser ces règles de l'ancienne législation française. À partir de l'entrée en vigueur de ce texte, le caractère consensuel n'aura plus lieu d'être (a). En revanche, en droit colombien, le caractère solennel du transfert n'étonne guère (b).

¹⁸²⁵ Il convient de souligner que, pour certains auteurs, le transfert de la créance n'avait lieu que par la signification ou l'acceptation du débiteur dans un acte authentique. Ils affirmaient que ces deux formalités étaient prévues afin de mettre le cessionnaire en possession de la créance. Cette mise en possession serait nécessaire pour l'acquisition de la propriété : F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, op. cit., n° 417, p. 461-462 : « *La signification apparaît dès lors comme le mode de mise en possession du cessionnaire de la créance, mode de mise en possession qui emporte à son profit transfert de la propriété-opposable erga omnes- de la créance à lui cédée. Cette analyse de la signification se conçoit d'autant mieux si l'on retient le concept de possession-publicité ou de possession juridique dans lequel s'intègre pleinement : la signification constitue le mode de possession juridique d'une créance en ce qu'elle extériorise le (nouveau) rapport d'appropriation dont fait l'objet la créance cédée au profit du cessionnaire* ».

¹⁸²⁶ Ce sera un aspect sur lequel nous reviendrons lors de l'étude du rapport entre les parties et les tiers.

¹⁸²⁷ E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles des créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op. cit., n° 404, p. 242.

¹⁸²⁸ Ce sera un aspect sur lequel nous reviendrons lors de l'analyse de l'obligation de garantie à la charge du cédant.

a) *Le droit français après la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016*

662. Avec la réforme du droit des obligations de 2016, le législateur a consacré l'exigence d'un écrit pour la validité de la cession¹⁸²⁹ et a posé que le transfert de la créance du patrimoine du cédant dans celui du cessionnaire aura lieu à la date de l'acte¹⁸³⁰. En subordonnant le transfert à la date de l'acte, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont conditionné ce transfert à un acte solennel¹⁸³¹. Cette solution s'impose, et ce que l'on se place du côté des détracteurs de l'obligation de donner ou de ses défenseurs. Dans le premier cas, si le transfert a lieu à la date du contrat dont la validité est subordonnée à un écrit, le transfert est nécessairement affecté par cette condition de validité, ce qui permet d'affirmer qu'il revêt un caractère solennel. Dans le second cas, autrement dit si l'on raisonne en termes d'obligation de donner, on peut affirmer que le formalisme affecte non seulement la formation du contrat mais également son exécution¹⁸³². Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont effectivement consacré la règle d'un transfert solennel et concomitant à la formation du contrat.

663. Mais si la règle est que le transfert de la créance présente un caractère solennel et se réalise concomitamment à la formation du contrat, quelques précisions s'imposent dans l'hypothèse d'une cession de créance future. En effet, selon les termes de l'alinéa 3 de l'article 1323 issu de l'ordonnance du 10 février 2016 « *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* »¹⁸³³. Il résulte de cette disposition que le transfert de ce type spécial de créance ne peut avoir lieu qu'à partir de la « naissance » de celle-ci.

Ainsi, il est possible de conclure que si en matière de cession de créance future l'exigence de l'écrit est toujours nécessaire pour la validité de la cession et du transfert, cet écrit ne suffit pas pour que le transfert s'opère. En d'autres termes, le transfert de la créance n'a pas lieu concomitamment à la conclusion du contrat de cession. La règle est donc que le transfert a lieu à la date de naissance de la créance. Le droit français se distingue ici de certains instruments internationaux prévoyant le caractère rétroactif du transfert¹⁸³⁴.

¹⁸²⁹ Voir le nouvel article 1322 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016.

¹⁸³⁰ Voir le nouvel article 1323 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016.

¹⁸³¹ Ch. GIJSBERS, « Le nouveau visage de la cession de créance », art. préc., p. 52 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op.cit.*, n° 534, p. 454-455 : « En vérité, ce n'est pas l'échange des consentements que l'article 1196 du Code civil vise, à la différence de l'ancien article 1138 du Code civil, mais la « conclusion du contrat ». Le transfert se fait *solo contractu*, et non *solo consensu*. La différence est sensible lorsque le contrat est soumis à une forme à titre de validité. Le contrat ne transfère alors la propriété qu'au moment de l'accomplissement de la formalité ou de l'échange des consentements selon la forme prévue par la loi. C'est le cas, par exemple, en matière de cession de créance ».

¹⁸³² Ph. CHAUVIRE, *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens, op. cit.*, n° 440, p. 281.

¹⁸³³ Nous reviendrons ultérieurement sur la portée et les critiques suscitées par cette disposition : V. *infra* n° 814.

¹⁸³⁴ Voir l'article 9.1.5 selon lequel « Une créance future est réputée cédée au moment de la convention, à condition que la créance, lorsqu'elle naît, puisse être identifiée comme la créance cédée ».

664. Quant à l'existence de la créance, le but ici n'est pas de procéder à une analyse approfondie de la date de naissance des créances qui dépasserait largement le cadre de notre recherche. Rappelons simplement¹⁸³⁵ que nous partageons la position d'un auteur français qui a mis en évidence l'impossibilité de déterminer, d'une manière générale et abstraite, la date de « naissance » d'une créance et, plus généralement, a remis en question l'utilisation même du concept de « naissance » ou d'« existence » dans le domaine des créances. La raison de cette position, comme le souligne cet auteur, est que toute créance obéit à un schéma différent de réalisation dans le temps qui rend impossible la détermination de la date précise de son « existence »¹⁸³⁶.

Cependant, et comme l'auteur le reconnaît lui-même, l'impossibilité de recourir à un seul terme pour exprimer l'idée que la créance peut connaître en pratique de multiples « états d'existence », oblige à avoir recours à différentes expressions pour rendre compte des différents degrés de réalisation des créances¹⁸³⁷. Ainsi, suivant les propositions de M. Audit, on peut relever qu'à l'égard de certaines créances, il est possible de déterminer *a priori* une date de constitution apparente, laquelle servira à déterminer, dans l'hypothèse d'une cession de créance dite « future », le moment à partir duquel la créance intégrera le patrimoine du cessionnaire. Cette date de constitution apparente doit être comprise comme celle à laquelle il est possible de considérer que les éléments constitutifs de la créance sont réunis et que celle-ci possède un caractère actuel. Pour les créances issues d'un contrat par exemple, la date de constitution apparente sera celle de la conclusion dudit contrat. C'est en effet à ce moment qu'est conclu un accord définitif entre les parties sur la créance¹⁸³⁸. En revanche, dans d'autres hypothèses, la détermination *a priori* d'une date de constitution apparente ne sera pas possible car la créance concernée obéit à une structure particulière. L'auteur cite l'exemple de la créance de provision d'une lettre de change et celui de la créance de solde d'un compte courant¹⁸³⁹. Dans de tels cas, il appartiendra à l'opérateur juridique de déterminer la date à partir de laquelle il sera pertinent de considérer que la créance dispose d'un degré de certitude suffisant pour que la cession de créance conclue entre le cédant et le cessionnaire soit efficace.

665. Pour en terminer avec l'analyse du droit français, il est à souligner que le droit spécial témoigne aussi d'une préférence pour le caractère solennel du transfert et la thèse selon laquelle un tel transfert s'opère au moment même de la conclusion du contrat. Par exemple, dans le domaine de la cession Dailly, le législateur a énoncé que la cession est efficace entre les parties et devient opposable

¹⁸³⁵ V. *supra* n° 612 et s.

¹⁸³⁶ P.-E. AUDIT, *La « naissance » des créances*, *op. cit.*, n° 648, p. 516.

¹⁸³⁷ P.-E. AUDIT, *ibidem*, n° 452, p. 344.

¹⁸³⁸ P.-E. AUDIT, *ibid.*, n° 622, p. 483.

¹⁸³⁹ P.-E. AUDIT, *ibid.*, n° 623, p. 485.

aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise, ce indépendamment des dates de naissance, d'exigibilité ou d'échéance des créances. Ainsi, le législateur a subordonné le transfert de la créance à l'élaboration d'un acte écrit¹⁸⁴⁰. Rappelons que le bordereau est en effet un document écrit qui doit contenir un nombre important de mentions obligatoires. Toutefois dans l'hypothèse d'une créance future, une telle disposition ne préjuge pas de la date effective du transfert de celle-ci du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire. Comme un auteur l'a souligné, « *Que la cession Dailly de créance future soit opposable dès sa conclusion est en effet une chose ; que le transfert de la créance cédée ait lieu à cette même date en est une autre. Toute opposable qu'elle soit, une cession ne peut pas transférer une créance qui n'est pas encore née* »¹⁸⁴¹.

666. Enfin, notons que sous l'empire des nouvelles dispositions du droit commun, le transfert de la créance en droit français a un caractère automatique et solennel. Si le caractère automatique était déjà l'une des caractéristiques du transfert sous la législation ancienne, ce n'était pas le cas du caractère solennel. Cette nouvelle caractéristique obéit à la volonté du législateur de conditionner la validité du contrat de cession à l'établissement d'un écrit tout en précisant la règle selon laquelle le transfert de la créance s'opère à la date du contrat de cession. Ainsi, l'exigence de l'écrit en tant que formalité *ad validitatem* du contrat de cession a nécessairement des incidences sur le transfert de la créance. A la différence du droit français, le caractère solennel du transfert est acquis de longue date en droit colombien où il ne s'opère pas nécessairement de manière concomitante à la conclusion du contrat.

b) *Le droit colombien*

667. Sans revenir sur la distinction expressément opérée en droit colombien entre titre et mode d'acquisition -autrement dit, entre acte obligationnel et acte de disposition ou de tradition¹⁸⁴²-, rappelons que le législateur a conditionné le transfert de la créance du patrimoine du cédant dans celui du cessionnaire à la remise d'un titre constatant la créance. Une telle remise constitue l'acte de tradition de la créance, c'est-à-dire, l'acte d'exécution de l'obligation de donner issue du contrat de cession. La lecture des articles 761 et 1959 du Code civil colombien conforte cette position. La première disposition prévoit que « *La tradition des droits personnels qu'un individu cède à un autre a lieu par la remise du titre faite par le cédant au cessionnaire* ». Quant à l'article 1959, il précise que « *La cession d'une créance,*

¹⁸⁴⁰ Voir en ce sens l'alinéa 1^{er} de l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier.

¹⁸⁴¹ N. THOMASSIN, « La propriété réservée, le prix de revente et le bordereau Dailly », *RLDC*, spéc. n° 15, 2011, p. 83. Nous approfondirons cet aspect : V. *infra* n° 814.

¹⁸⁴² En effet, nous avons eu l'occasion de faire quelques remarques à ce propos au moment d'aborder la discussion à propos de la nature juridique de la cession de créance en droit colombien : v. *supra* n° 134 et s.

indépendamment du titre auquel elle est faite, n'aura d'effet entre le cédant et le cessionnaire qu'à partir de la remise du titre. Mais si la créance cédée n'est pas constatée par un titre, la cession peut être faite à condition que le cédant donne un document au cessionnaire, et dans ce cas là, la notification de l'article 1961 doit être réalisée avec ledit document ».

668. Ainsi, et conformément aux dispositions mentionnées, le transfert de la créance en droit commun est un transfert solennel, à l'instar de celui du droit français depuis la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016. Pourtant, il existe plusieurs différences importantes entre les deux systèmes juridiques. Deux d'entre elles méritent d'être soulignées.

Premièrement, la solennité exigée par le législateur colombien diffère de celle requise par le législateur français : le premier a consacré la nécessité d'une remise matérielle de titre constatant la créance ; le second a soumis le transfert à un acte écrit.

Secondement, le transfert de créance en droit colombien, contrairement au droit français, n'est pas, par nature, automatique ou concomitant à la conclusion du contrat de cession. Cette circonstance s'explique par la distinction explicitement opérée en droit colombien entre la formation du contrat de cession, acte créateur de l'obligation de donner ou de transférer la créance, et l'exécution du contrat de cession, acte de tradition. Dans le cas d'une créance, l'acte de tradition a lieu par la remise matérielle du titre constatant la créance. Certes, rien n'empêche que la remise du titre par le cédant au cessionnaire ait lieu au moment même de la conclusion du contrat de cession, hypothèse dans laquelle le transfert de la créance peut être considéré comme étant concomitant à la conclusion du contrat de cession. Mais ce phénomène n'a qu'un caractère accidentel ; il ne s'agit en effet pas du principe consacré par le législateur. Dans tous les cas, le transfert ne résulte jamais de la seule conclusion du contrat de cession : la remise matérielle du titre constatant la créance est une condition nécessaire du transfert.

669. La remise d'un titre en tant que condition nécessaire pour que le transfert de la créance soit réalisé peut paraître critiquable aux yeux d'un juriste français. En effet, nous pouvons constater qu'une telle formalité, exigée auparavant par la jurisprudence française pour la validité du gage sur créance et à titre de complément nécessaire de la signification prévue à l'ancien article 2035 du Code civil français¹⁸⁴³, était vivement critiquée par la doctrine. Pour la plupart des auteurs, la remise d'un titre est une formalité obsolète et surtout inutile aux fins de garantir une véritable mise en possession

¹⁸⁴³ Cass. req., 11 juin 1846, *D.P.* 46. 1. 252 ; Cass. civ., 19 fév. 1894, *DP.* 94, 1, 420 ; *J.* 94. 1. 273. Pour arriver à une telle conclusion, malgré l'absence d'une disposition en ce sens dans le Code Napoléon, la Cour semblait s'inspirer de l'ancien article 1689 du Code civil en matière de cession de créance, relatif à l'exigence de la remise du titre du cédant au cessionnaire à titre d'exécution de l'obligation de délivrance pesant sur celui-là et en faveur de celui-ci.

de la créance¹⁸⁴⁴. Trois critiques principales sont formulées à son encontre. Tout d'abord, les auteurs signalent que le titre n'est que l'*instrumentum* permettant d'établir l'existence de la créance sans qu'il la représente lui-même¹⁸⁴⁵. Par ailleurs, ils signalent que la remise du titre « *n'empêche pas le créancier de donner en gage la même créance lorsqu'il dispose de plusieurs titres* »¹⁸⁴⁶ de sorte qu'une telle remise n'est pas efficace pour lutter, par exemple, contre la fraude¹⁸⁴⁷. Enfin, les auteurs soulignent que l'exigence de la remise d'un titre constitue un obstacle à la possibilité de donner en gage les choses futures¹⁸⁴⁸.

Il est vrai que ces critiques ont été adressées à l'encontre du gage sur créance et non de la cession de créance toutefois, elles paraissent pertinentes au regard de notre démonstration sachant que le législateur colombien a énoncé qu'une telle remise était nécessaire pour réaliser la tradition de la créance. Certains auteurs colombiens en ont déduit qu'elle permettait la mise en possession du cessionnaire¹⁸⁴⁹.

670. Les arguments esquissés par la doctrine majoritaire française à l'encontre de l'exigence de remise matérielle du titre constatant la créance nous semblent excessifs¹⁸⁵⁰ et cela pour quatre raisons essentielles.

Premièrement, même si le titre n'est qu'un instrument permettant de faciliter la preuve de l'existence de la créance, qui ne se confond pas avec la créance elle-même, il accorde au débiteur de la créance cédée, dans le cas où celle-ci est constatée par un titre, une plus grande certitude quant à la réalité de la cession. Quelle meilleure preuve pour le débiteur de la réalité de la cession que la présentation par le cessionnaire du titre constatant la créance ? C'est précisément pour cette raison que le législateur colombien prévoit que la notification de la cession au débiteur par le cessionnaire

¹⁸⁴⁴ J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, 1996, n° 807, p. 234 ; A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Préf. M. Cabrillac, Dalloz, 2001, n° 511, p. 269.

¹⁸⁴⁵ A. PELISSIER, *ibidem* ; V. MALASSIGNE, *Les titres représentatifs, Essai sur la représentation juridique des biens par des titres en droit privé*, *op. cit.*, n° 261, p. 206 ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *ibidem.*, n° 807, p. 235.

¹⁸⁴⁶ J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *ibid.*

¹⁸⁴⁷ A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, *op. cit.*, n° 512, p. 270.

¹⁸⁴⁸ A. PELISSIER, *ibidem*, n° 511, p. 269 ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, *op. cit.*, n° 806, p. 234 qui soulignent qu'en raison de l'impossibilité de mobiliser un certain nombre de créances entraînée par l'exigence de la remise du titre, la Cour de cassation a limité l'exigence d'une telle remise aux seuls cas où elle était possible. En d'autres termes, elle a décidé que « *la mise en possession est suffisamment réalisée, au cas où le gage porte sur une créance et où la tradition est matériellement impossible, par la signification au débiteur de la créance donnée en gage* » (Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1983, *Bull. civ.*, I, n° 142, p. 122 cité par J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *ibidem*).

¹⁸⁴⁹ D.-A. ARIZA-CABRA et W.-A. GIRALDO-RAMIREZ, « *Adquisición del derecho de propiedad por la aplicación del principio de buena fe (Adquisiciones a non domino)* », Monografía para optar por el Título de abogado, Universidad javeriana, 2005, p. 35, <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2039.pdf> (consulté le 6 septembre 2016). L'affirmation selon laquelle la remise du titre du cédant au cessionnaire permettrait à celui-ci de prendre possession de la créance nous semble un peu hâtive car une telle remise ne suffit pas à garantir que la prestation sera exécutée en faveur du cessionnaire. Ce qui est certain, pourtant, c'est qu'en exigeant que lors de la notification au débiteur le cessionnaire montre à celui-ci le titre constatant la créance, la remise matérielle du titre est une condition nécessaire pour permettre au cessionnaire d'établir le lien avec le débiteur.

¹⁸⁵⁰ Surtout en ce qui concerne la difficulté de considérer qu'une telle remise permette effectivement au cessionnaire de se mettre en possession de la créance

doit être accompagnée de la remise du titre constatant la créance. Ce titre doit comporter trois mentions¹⁸⁵¹ : une note précisant que le transfert a eu lieu, l'indication du cessionnaire et la signature du cédant. On comprend ainsi que l'exigence de remise d'un titre tend à protéger le débiteur de la créance cédée¹⁸⁵².

Deuxièmement, l'inexistence d'un titre constatant la créance ne représente pas un obstacle insurmontable à la réalisation de la cession. Le législateur colombien a prévu qu'en présence d'une créance non constatée par un titre, un écrit comprenant les mentions précédemment énumérées est nécessaire. Celui-ci devra être présenté par le cessionnaire lors de la notification au débiteur.

Troisièmement, l'exigence de remise d'un titre constatant la créance n'empêche pas non plus, d'un point de vue théorique, la cession de créances dites « futures » ou « éventuelles ». La remise du titre exigée par le législateur colombien a pour finalité de déterminer le moment du passage de la créance du patrimoine du cédant dans celui du cessionnaire. De sorte que l'inexistence d'un titre constatant la créance empêcherait seulement le transfert effectif de la créance mais non la conclusion du contrat de cession qui a pour objet le transfert de la créance. Dans une telle hypothèse, la véritable question qui se pose est de savoir à quel moment se produit le transfert de la créance en l'absence de date de constitution apparente lors de la cession. D'autre part, l'établissement d'un écrit faisant référence à la cession de la créance future avec les mentions exigées par le législateur colombien¹⁸⁵³ suffirait-elle pour considérer que le transfert de la créance a eu lieu ? Nous ne le pensons pas. Il serait nécessaire, pour arriver à une telle conclusion, que le législateur pose le caractère rétroactif du transfert, comme le font les Principes d'UNIDROIT dont l'article 9.1.5 stipule expressément qu'« *une créance future est réputée cédée au moment de la convention, à condition que la créance, lorsqu'elle naît, puisse être identifiée comme la créance cédée* ». En conséquence, on peut considérer que même si le contrat de cession ayant pour objet une créance future serait opposable aux tiers à la date de sa conclusion, le transfert effectif de la créance ne pourrait avoir lieu qu'à la date de constitution apparente de celle-ci¹⁸⁵⁴. Cette position est défendue par une partie de la doctrine française, les auteurs faisant néanmoins plutôt référence à la date de naissance de la créance¹⁸⁵⁵.

¹⁸⁵¹ En ce sens, V. l'article 1961 du Code civil colombien.

¹⁸⁵² Pour le cessionnaire, on pourrait considérer qu'il s'agirait d'une sorte de preuve de l'existence de la créance : Y. EMERICH, *La propriété des créances, approche comparative, op. cit.*, n° 456, p. 260.

¹⁸⁵³ C'est-à-dire la note témoignant de la réalisation de la cession, l'indication du cessionnaire et la signature du cédant.

¹⁸⁵⁴ Nous faisons référence à la date de constitution apparente et non à celle de son existence étant donné que nous partageons la vision de M. Audit qui remet en cause le recours au terme « naissance » pour se référer au processus de formation d'une créance.

¹⁸⁵⁵ Voir à propos de ces deux analyses possibles : M. JULIENNE, *Le nantissement de créance, op.cit.*, n° 46, p. 37.

Quatrièmement, même si la remise du titre n'empêche pas la fraude, une double mobilisation ou encore le fait que le cédant essaie, malgré la cession, de demander l'exécution de la prestation en sa faveur, peut tout de même apparaître dissuasive¹⁸⁵⁶.

671. Pour parachever l'analyse du droit colombien, quelques remarques concernant le transfert en matière de cession à titre de garantie s'imposent. Laissant de côté la question de l'opposabilité aux tiers¹⁸⁵⁷, on peut relever que le transfert a aussi un caractère solennel. Le législateur colombien a effectivement consacré les règles selon lesquelles le transfert s'opère au moment de la conclusion du contrat¹⁸⁵⁸ et la validité de celui-ci est soumise à l'exigence d'un écrit devant contenir certaines mentions obligatoires¹⁸⁵⁹. On peut dès lors en conclure que le transfert ne peut avoir lieu qu'à partir de l'établissement de l'écrit. Une telle règle ne s'applique cependant pas lorsque l'objet de la cession est une créance future. Dans une telle hypothèse, le transfert de la créance ne peut avoir lieu qu'à la date de « naissance » de celle-ci, cela indépendamment de l'exigence d'un écrit, toujours nécessaire pour la validité du contrat de cession. Une autre question reste posée : à partir de quel moment le contrat de cession d'une créance future à titre de garantie sera-t-il opposable aux tiers¹⁸⁶⁰ ?

672. En définitive, le droit français comme le droit colombien témoignent d'une propension à reconnaître un transfert solennel de la créance, indépendamment de la forme choisie. Nous approuvons cette évolution. Cependant, entre la formalité consacrée par le droit français, à savoir l'exigence d'un écrit, et celle consacrée par le droit colombien, c'est à dire la remise d'un titre constatant la créance, reste à déterminer laquelle s'avère la plus pertinente. Un tel choix ne peut être fait qu'en s'interrogeant sur la finalité de ce formalisme. Plus précisément, il convient de se demander qui est protégé par ces formalités. Le cessionnaire ? Le débiteur de la créance cédée ? Les tiers ?

673. Si l'on considère que celles-ci cherchent à protéger les parties afin qu'elles aient une pleine conscience de la portée de leur engagement, l'exigence de l'écrit prévue par l'ordonnance du 10

¹⁸⁵⁶ C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. XVII par J.-B. Duvergier, *op. cit.*, n° 179, p. 216 : « On peut dire que, pour qu'il y ait tradition à l'égard des tiers, il est indispensable qu'il y ait d'abord délivrance entre les parties ; que tant que celle-ci n'est pas accomplie, celle-là ne peut pas l'être ; que le vendeur, ayant conservé ses titres, a pu facilement induire en erreur les tiers de bonne foi ignorant le transport et la signification ».

¹⁸⁵⁷ V. *infra* n° 801.

¹⁸⁵⁸ L'article 24 de la loi n° 1676 du 20 août 2013 permet d'arriver à cette conclusion dans la mesure où il dispose qu'« une garantie sur des créances y compris une cession de créance à titre de garantie aura des effets entre le garant et le créancier garanti à partir de l'accord de constitution de la garantie ou de la cession ».

¹⁸⁵⁹ L'article 14 de la loi 1676 du 20 août 2013 dispose que « Le contrat de garantie doit avoir la forme écrite et contenir, au moins : 1) Les noms, l'identification et signatures des contractants ; 2) Le montant maximal de la garantie ; 3) La description générique ou spécifique des biens donnés en garantie ; 4) une description des obligations garanties, présentes ou futures, ou des concepts, catégories ou règles pour leur détermination ».

¹⁸⁶⁰ V. *infra* n° 810.

février 2016 en droit français s'avère être le moyen le plus efficace. L'écrit facilite en effet la preuve de l'existence et de la portée de la cession.

674. En revanche, si la finalité de ces formalités est de protéger le débiteur, l'exigence de remise du titre constatant la créance avec les mentions prévues par le législateur colombien apparaît comme la formalité la plus adéquate. En effet, une telle remise permettait au débiteur de bénéficier d'une certaine certitude quant à la réalité de la cession dans la mesure où le législateur exige que le titre remis contienne une note précisant que le transfert a eu lieu, l'indication du cessionnaire et la signature du cédant¹⁸⁶¹. De plus, ces mentions se révèlent très utiles puisqu'elles permettront au débiteur de connaître la portée de la cession, ce qui est nécessaire, notamment, dans le cas d'une cession partielle. La remise d'un titre est aussi utile pour protéger le cessionnaire, même s'il est vrai que celle-ci ne peut empêcher la fraude, comme une double mobilisation.

En effet, la remise d'un titre, dans le cas où la créance est effectivement constatée par un titre, rend plus facile la réalisation de celle-ci. Nous ne voyons pas comment le cessionnaire pourrait se présenter devant le débiteur en arguant de sa qualité de nouveau créancier s'il ne dispose pas du titre constatant la créance. En d'autres termes, une telle remise s'avère être une formalité préalable indispensable pour permettre au cessionnaire d'établir officiellement le lien avec le débiteur de la créance cédée.

675. Si la finalité est de protéger les tiers, l'exigence de l'écrit paraît plus pertinente. Mais l'exigence d'un écrit dénué des mentions obligatoires et surtout sans l'exigence de la signature du cédant et de l'indication d'une date, semble toutefois critiquable. L'obligation de réaliser un écrit établie par les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 se justifie par la suppression de la signification et de l'acceptation dans un acte authentique¹⁸⁶² qui sont considérées comme des formalités lourdes entravant la réalisation de la cession. Autrement dit, l'exigence de l'écrit peut être analysée comme la contrepartie de la suppression de ces formalités. Or, dans la mesure où l'une des finalités de ces formalités était de protéger les tiers en conférant une date certaine à la cession¹⁸⁶³, leur « remplacement » par l'exigence d'un écrit ne devrait pas remettre en cause cet effet. Certes, le législateur peut, pour des questions de politique juridique mais aussi afin de faciliter la circulation des

¹⁸⁶¹ V. *supra* n° 473.

¹⁸⁶² V. *supra* n° 651.

¹⁸⁶³ V. *infra* n° 798. Voir également : S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé, op.cit.*, n° 206, p. 223 : « En ce sens, on peut dire que l'article 1690 du Code civil poursuit une politique juridique de protection des tiers, mais il ne se sert pas, à cette fin, d'une technique d'information. La technique est celle de la date certaine et elle ne s'appuie absolument pas sur une information des tiers, comme nous l'avons déjà précisé, notamment à propos des formalités de l'article 1328 du Code civil. Concrètement, le risque pour les créanciers du cédant consiste en ce que ce dernier, en raison de difficultés financières, pourrait être tenté de conclure une cession de créance avec un complice et de l'antidater pour soustraire la créance frauduleusement à leur emprise ».

créances, ne pas conditionner l'opposabilité d'un acte à une date certaine, comme cela a été fait par l'ordonnance du 10 février 2010, tout en prévoyant qu'en cas de contestation le cessionnaire puisse prouver la cession par tout moyen. En d'autres termes, le législateur a opté pour la consécration d'une règle de preuve relative à la date de l'acte pour prévenir le risque d'antidate. Cependant, il aurait fallu exiger, au moins pour la validité du contrat de cession, que l'écrit soit daté.

676. Ces précisions faites, il reste à déterminer la formalité qui s'avère la plus opportune pour opérer le transfert de la créance du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire. Nous considérons que la formalité la plus convenable s'avère être l'exigence d'un écrit, et ce pour deux raisons.

La première est que l'écrit, à la différence d'autres formalités, permet de remplir plusieurs fonctions en même temps. En effet, il permet aux parties non seulement d'avoir une conscience certaine de leur engagement, mais aussi, en cas de litige, de se procurer plus facilement des éléments de preuve quant à l'existence et la portée de la cession¹⁸⁶⁴. Surtout, l'écrit nous paraît fondamental pour garantir la protection du débiteur de la créance cédée. Mais pour qu'il puisse remplir effectivement une telle fonction, il nous paraît nécessaire qu'il réunisse, à tout le moins, deux conditions : d'abord, l'écrit doit contenir quelques mentions obligatoires comme la détermination ou déterminabilité de la créance, l'étendue de la cession, la date et la signature des parties ; ensuite, l'écrit constatant la cession devrait pouvoir être communiqué au débiteur au moment de la notification lorsque celui-ci ait de doutes à propos de la réalité de la cession¹⁸⁶⁵. L'exigence de l'écrit s'avère en outre utile pour résoudre les conflits entre les cessionnaires successifs : le nouvel article 1325 issu de l'ordonnance du 10 février 2016 dispose que « *Le concours entre cessionnaires successifs d'une créance se résout en faveur du premier en date* ». La question se pose pourtant de savoir quelle serait la solution dans l'hypothèse où l'acte de cession ne mentionne pas de date. Le législateur a prévu que le cessionnaire puisse prouver la date par tout moyen.

Indépendamment des difficultés signalées au regard de l'exigence d'un écrit et de son contenu, l'existence d'un écrit présente un avantage majeur par rapport à la remise d'un titre prévu dans le droit colombien : sa vocation à remplir plusieurs fonctions alors que la délivrance d'un titre ne

¹⁸⁶⁴ Voir en ce sens les commentaires généraux au Projet de réglementation uniforme de la cession de créance par la Commission Benelux (Annexe) : « *La transmission des obligations* », Travaux des IX^e Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des obligations, Bruylant, LGDJ, 1980, spéc. n° 8, p. 722.

¹⁸⁶⁵ Cette conclusion semble entérinée par le législateur colombien qui exige la création d'un écrit, en cas d'inexistence de titre constatant la créance avec quelques mentions obligatoires, afin précisément que le débiteur soit informé de la cession et de sa portée.

permet que de garantir la protection du débiteur¹⁸⁶⁶. Cela ne signifie pas que dans le cas d'une créance constatée par un écrit le cédant ne soit pas dans l'obligation de remettre le titre entre les mains du cessionnaire. On sait que le débiteur de la créance cédée doit toujours pouvoir demander au cessionnaire une preuve de la réalité de la cession¹⁸⁶⁷. Par conséquent, dans le cas d'une créance constatée par un titre, une telle preuve serait notamment la remise du titre. De plus, une telle remise doit être toujours considérée comme une obligation de délivrance à la charge du cédant¹⁸⁶⁸.

La seconde raison est que le fait de se procurer un écrit ne présente pas, en principe, de difficultés majeures alors que ses avantages sont indéniables. En effet, la rédaction d'un écrit permet de mieux déterminer les obligations et droits de chacune des parties et facilite la preuve tant de l'existence que du contenu de l'acte passé par celles-ci¹⁸⁶⁹.

677. Si l'on excepte la manière par laquelle le transfert s'opère, l'analyse du caractère translatif de la cession de créance nécessite une étude relative au contenu de ce transfert. Cette étude nous permettra de constater que le transfert opéré par la cession de créance est assez vaste.

B- Le caractère étendu du transfert

678. Tant en droit français qu'en droit colombien, il est unanimement admis que la cession opère le transfert de la créance et de ses accessoires. Pour ce qui est du droit français, cette position a un fondement légal. Il en était ainsi avant la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 et il en est de même après elle. S'agissant des règles originaires du Code Napoléon, l'ancien article 1692 disposait que « *la vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et*

¹⁸⁶⁶ Certes, une telle remise est importante dans la mesure où le cédant montre une sorte de désaisissement de la créance envers le cessionnaire, mais l'inexistence d'un titre ne représente pas un obstacle à une telle manifestation. Preuve en est, en cas d'inexistence de titre constatant la créance, le législateur a considéré la nécessité de rédiger un écrit avec certaines mentions obligatoires, ce qui montre bien que la rédaction d'un écrit peut en effet être un signe suffisant de la réelle intention du cédant de renoncer à sa créance en faveur du cessionnaire.

¹⁸⁶⁷ V. *supra* n° 474.

¹⁸⁶⁸ V. *infra* n° 729.

¹⁸⁶⁹ Voir not. F. CHENEDE, « La cession de créance », *Le nouveau régime général des obligations*, V. Forti et L. Andreu (dir.), Dalloz, 2016, n° 12, p. 93 qui affirme que l'exigence de l'écrit ne changera, ni alourdira la pratique : « *On aurait toutefois tort de percevoir cette évolution comme un recul ou un anachronisme. D'abord, car cette exigence [de l'écrit] ni ne changera, ni n'alourdira la pratique : la pré-constitution d'une preuve, tout comme la notification de la cession au débiteur, imposait déjà de facto et de jure le recours à l'écrit* » ; Ph. SIMLER, « Cession de créance, cession de dette, cession de contrat », *CCC*, mai 2016, n° 5, dossier 8, spéc. 5 : « *Cette exigence [l'écrit à peine de nullité] n'est certes pas très contraignante. On imagine d'ailleurs difficilement qu'une cession de créance puisse ne pas être concrétisée par un écrit : il faut bien en fixer le prix et désigner le débiteur. De plus, il peut être nécessaire de la notifier à ce dernier comme on va le voir dans un instant : on ne peut notifier qu'un écrit* » ; Ph. KAIGL, « Les cessions d'obligations », *La réforme du droit des contrats en pratique*, M. Latina (dir.), Dalloz, 2017, p. 98. Rapp. M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, *op. cit.*, n° 159, p. 104, note 16 qui cite Ch. Gijsbers, « Le nouveau visage de la cession de créance », *Dr. et patr.*, juill. 2016, p. 48 afin de préciser que cet auteur souligne que toutes les nullités de forme ne sont pas relatives, et que l'exigence d'écrit protège en un certain sens le cédé puisqu'elle le met à même de connaître plus facilement la façon dont la cession modifie sa situation.

hypothèque ». Quant à la récente réforme, le législateur a désormais prévu, au nouvel article 1321, alinéa 3 du Code civil que la cession « *s'étend aux accessoires de la créance* ».

En revanche, s'agissant du droit colombien, il n'existe pas de disposition expresse relative au transfert des accessoires de la créance¹⁸⁷⁰. S'il est vrai que l'article 1964 du Code civil colombien dispose que « *la cession d'une créance comprend ses cautions, ses privilèges et ses hypothèques* », aucune référence n'est faite au terme « accessoires ». Ce sont donc la doctrine et la jurisprudence qui, à partir de la disposition mentionnée, ont conclu que la cession transfère non seulement la créance mais également ses accessoires.

679. Si le principe selon lequel la cession transfère tant la créance que ses accessoires est donc acquis, des doutes persistent quant à la portée d'un tel transfert. La principale difficulté réside dans la détermination de ce qu'il faut entendre par « accessoires de la créance ». Différentes interprétations sont proposées en droit français comme en droit colombien.

Préalablement à l'étude de ces analyses, rappelons la distinction classique entre les accessoires par production et les accessoires par affectation. L'accessoire par production évoque ce qui est produit par le principal. L'expression renvoie principalement aux fruits, mais, de façon plus générale, désigne le résultat d'une réunion d'éléments issus du principal. Quant à l'accessoire par affectation, il vise l'élément qui est ajouté au principal afin de faciliter la réalisation de l'objectif que poursuit ce dernier¹⁸⁷¹.

Ensuite, précisons qu'il ne s'agira pas ici de traiter de la question relative aux intérêts de la créance, qualifiés d'« accessoires par production »¹⁸⁷² ou de « fruits civils »¹⁸⁷³ ou encore d'« accessoires financiers »¹⁸⁷⁴. Ce type d'accessoires est réglementé essentiellement par les articles 584 du Code civil

¹⁸⁷⁰ En revanche, il existe quelques dispositions éparses relatives aux accessoires de la dette, tel l'article 2373 du Code civil concernant l'étendue du cautionnement. Cette disposition consacre que le cautionnement doit s'étendre à tous les accessoires de la dette, tels que les intérêts et les frais judiciaires par exemple. Mais il convient de ne pas confondre les accessoires de la créance et ceux de la dette : Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, op. cit., n° 4, p. 2 : « *L'accessoire de la dette peut constituer un accessoire de la créance, mais il n'en va pas nécessairement ainsi. Certaines dettes sont dues par le débiteur non pas au créancier, mais à des tiers. Ainsi, les frais de notariés, les frais d'enregistrement ou encore T.V.A., constituent des accessoires de la dette principale en ce sens qu'elles accompagnent cette dette. Mais ils ne constituent pas pour autant des accessoires de la créance puisqu'ils ne se retrouvent pas dans le patrimoine du créancier, à côté de sa créance* ».

¹⁸⁷¹ G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Préf. D. Tallon, LGDJ, 1969, n° 19.

¹⁸⁷² Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, op. cit., n° 5, p. 3. Certains auteurs considèrent pourtant que les intérêts rémunérateurs ne sont pas distincts de la créance dans son ensemble : F. GREAU, « *Recherche sur les intérêts moratoires* », *Deffrénois*, 2006, n° 128, p. 138 : « *Autrement dit, les intérêts rémunérateurs ou moratoires ne doivent pas être considérés comme la partie commune de deux cercles sécants, l'un symbolisant la rémunération du créancier, l'autre représentant son indemnisation. Il n'y a en réalité que deux cercles bien distincts sans aucune frontière commune. Les intérêts rémunérateurs sont dans la créance, les intérêts moratoires sont extérieurs à la créance et viennent s'ajouter à celle-ci, sans se confondre avec elle, en cas d'inexécution suivie d'une mise en demeure du débiteur* ».

¹⁸⁷³ En droit français : V. DAVID, *Les intérêts de sommes d'argent*, Préf. Ph. REMY, LGDJ, Collection de la Faculté de droit et des Sciences sociales, Université de Poitiers, 2005, nos 18 et 19, p. 37 et s ; Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. II, *Les biens, Droits réels principaux*, 5^e éd., Economica, 2006, n° 225, p. 120.

¹⁸⁷⁴ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, op. cit., n° 307, p. 337 : « *Quel que soit le montant de la créance transmise, le cessionnaire bénéficie aussi de ses accessoires financiers, tels les intérêts conventionnels, les clauses d'anatocisme et d'échelle mobile, même lorsque la cession résulte d'une subrogation, en dépit de son caractère non spéculatif* ».

français¹⁸⁷⁵ et 717 du Code civil colombien¹⁸⁷⁶. En effet, le régime des « accessoires par production » semble susciter moins de difficultés que celui des « accessoires par affectation ». Le silence de la doctrine contemporaine à cet égard est révélateur¹⁸⁷⁷. A ce sujet, il suffira de souligner la règle selon laquelle le cessionnaire a droit aux fruits, intérêts et arrérages à échoir¹⁸⁷⁸. Ces intérêts lui appartiennent en raison de sa qualité de propriétaire de la créance¹⁸⁷⁹. La question se pose cependant du sort des intérêts échus et non encore payés par le débiteur au moment de la cession. Nous partageons l'avis de ceux qui considèrent que ces intérêts doivent profiter au cessionnaire. Il est vrai qu'un doute peut naître étant donné que les intérêts et arrérages s'acquièrent jour par jour¹⁸⁸⁰. Cette règle pourrait laisser entendre que les intérêts appartiennent au cédant, sauf stipulation contraire¹⁸⁸¹. Mais trois arguments militent en faveur de la solution contraire. D'abord, les intérêts sont étroitement liés au capital et, par conséquent, devraient suivre le sort de celui-ci sauf volonté contraire des parties¹⁸⁸². Ensuite, l'appropriation des fruits civils par leur simple échéance n'est qu'un effet légal, de sorte que le caractère accessoire de tels fruits demeure pour le cédant¹⁸⁸³. Enfin, comme l'a très bien souligné un auteur, «*le*

¹⁸⁷⁵ L'article 584 du Code civil français dispose que « *Les fruits civils sont les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles, les arrérages des rentes. Les prix des baux à ferme sont aussi rangés dans la classe des fruits civils* ».

¹⁸⁷⁶ L'article 717 du Code civil colombien dispose : « *On appelle des fruits civils les prix, les pensions ou loyers du bail ou de l'emphytéose, les intérêts des capitaux exigibles ou des versements à fonds perdus. Les fruits civils sont à recouvrer pendant qu'ils sont dus et ils sont perçus dès qu'ils sont exigibles* ».

¹⁸⁷⁷ En effet, nous pouvons constater que la plupart des auteurs, au moment d'aborder la question relative aux accessoires compris dans le transfert, ne font référence qu'aux sûretés, privilèges, et certaines actions : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Régime général*, op.cit., n° 47, p. 22 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Droit civil*, t. II, *Les obligations, Le régime*, op.cit., n° 361, p. 323 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, op.cit., n° 547, p. 4-0.

¹⁸⁷⁸ E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civile et commerciales franco-allemandes*, op. cit., n° 554, p. 339.

¹⁸⁷⁹ L. GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, t. II, 3^e éd., Pedone, Paris, 1904, n° 814, p. 353 : « *Le cessionnaire a incontestablement droit aux intérêts à échoir de la créance cédée, depuis le jour de la cession : il n'y a même pas besoin de lui donner ce droit d'invoquer l'article 1692, car le cessionnaire est propriétaire de la créance depuis le jour de la cession, et les intérêts lui appartiennent, non pas comme accessoires de la chose vendue, mais en vertu de l'article 546 et comme accessoires de la chose dont il est propriétaire* ». D'autres auteurs considèrent que les intérêts font partie de la créance elle-même et plus précisément à titre de modalité de la créance : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, op. cit., n° 366, p. 361 : « *Le transfert s'applique d'abord sans difficulté à la créance elle-même. Celle-ci est transmise au cessionnaire avec ses caractères (civil ou commercial) et avec ses modalités (la solidarité, l'indivisibilité, la stipulation d'intérêts...)* » (nous soulignons) ; contra PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Obligations*, op. cit., n° 1126, p. 512 qui affirment que les intérêts à échoir sont des accessoires au sens de l'ancien article 1692 du Code civil.

¹⁸⁸⁰ En ce sens, l'article 586 du Code civil français par exemple. Voir à propos de la portée de cette règle : Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. II, *Les biens, Droits réels principaux*, op.cit., n° 532, p. 294-295.

¹⁸⁸¹ Il semblerait que certains auteurs soient favorables à l'idée que les intérêts échus au jour de la cession restent acquis au cédant, même s'ils ne se prononcent expressément en faveur de cette solution qu'en matière de subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* : Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, op. cit., n° 86, p. 56, note 251 ; F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 452, p. 386 : « *Au contraire, les fruits nés avant la transmission appartiennent à leur auteur. Ils ne se transmettent pas à l'ayant cause en l'absence de manifestation contraire par les parties* ». Contra PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Obligations*, op. cit., n° 1126, p. 513 qui précisent que l'argument tiré du texte de l'article 586 n'est pas concluant dans la mesure où cette disposition serait spécifique à l'usufruit : « *D'autre part le système de l'acquisition des fruits civils jour par jour, spécial à l'usufruit (art. 586), est sans application à la matière. Ce n'est que devant la volonté non équivoque des parties qu'il y aurait donc lieu d'attribuer au cédant les intérêts déjà échus* ».

¹⁸⁸² PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Obligations*, op. cit., n° 1126, p. 512.

¹⁸⁸³ L. GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, t. II, op. cit., n° 814, p. 354 : « *En vendant la créance, en remettant au cessionnaire les titres qui permettent de la faire valoir, le cédant se dépoûille de tous ses droits relativement à cette créance et les transmet au cessionnaire. À ce point de vue nous considérons les fruits échus comme un accessoire de la créance, appartenant à ce titre au cessionnaire* » ; T. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. II, op. cit., n° 448, p. 147-148 : « *Les fruits naturels s'acquièrent par la perception, ils perdent forcément aux yeux de tous leur caractère de chose accessoire dès que s'est produit l'opération matérielle de la perception. L'appropriation des fruits civils par leur simple échéance est au contraire un pur effet légal qui n'est rendu sensible par aucune circonstance*

cedant qui veut vendre sa créance est en général déterminé à le faire par le désir de réaliser ce qui lui est dû par le débiteur, et celui de se soustraire à l'ennui des poursuites »¹⁸⁸⁴. Cette solution est admise expressément au sein de certains systèmes juridiques étrangers¹⁸⁸⁵. Ces précisions étant faites, il reste encore à déterminer ce qu'on entend précisément par « accessoires par affectation »¹⁸⁸⁶. L'analyse des différentes propositions doctrinales en droit français et en droit colombien nous permettra de montrer laquelle doit emporter l'adhésion.

680. Pour ce qui est du droit français, nous pouvons distinguer quatre principales conceptions relatives à la notion d'« accessoire » de la créance. Ces conceptions ont influencé la portée de l'ancien article 1692 du Code civil¹⁸⁸⁷.

681. La première peut être qualifiée de restreinte : les auteurs qui la défendent considèrent que les accessoires de la créance ne désigneraient que les sûretés¹⁸⁸⁸. Cette conception semble confortée par la lettre de l'ancien article 1692 qui mentionnait, parmi les accessoires de la créance transmis par la cession, la caution, le privilège et l'hypothèque ; trois dispositifs figurant au Livre IV du Code civil intitulé « *Des sûretés* ».

*extérieure. Donc, malgré cet effet légal, le caractère accessoire des intérêts échus et non payés, persiste en fait pour le cédant qui ne confondra jamais la perception civile avec la perception réelle. D'un autre côté, le cédant qui veut vendre sa créance est en générale déterminé à le faire par le désir de réaliser ce qui lui est dû par le débiteur, et celui de se soustraire à l'ennui des poursuites ; ces deux raisons s'appliquent aux intérêts comme au capital (...). Donc, à défaut des clauses démontrant clairement l'intention différente des parties, les intérêts échus doivent être attribués au cessionnaire comme un accessoire du droit cédé. Le silence du cédant, et l'obscurité qui en est la conséquence doivent être interprétés contre lui, conformément d'ailleurs au principe formulé dans l'art. 1602, C.C » ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. XVI, Alex-Gobelet, Paris, 1833, n° 507, p. 523.*

¹⁸⁸⁴ T. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. II, *op. cit.*, n° 448, p. 147-148.

¹⁸⁸⁵ Voir à ce propos : K.-H. NEUMAYER, « La transmission des obligations en droit comparé », art. préc., p. 207 qui cite les droits grec (art. 459, C.c. hellénique) et québécois (art. 1574 C.c. québ). Voir en sens contraire l'article 9 de la commission de Benelux pour l'étude de l'unification du droit concernant le projet de réglementation uniforme de la cession de créance qui prévoit que « le cessionnaire acquiert le droit aux intérêts ou à la peine convenus sauf s'il s'agit d'une arriéré d'intérêt ou d'une peine déjà encourue au moment de la cession ». Le Projet de la commission Benelux peut être consulté dans les annexes de l'ouvrage « *La transmission des obligations* », Travaux des IX^e Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations, Bruylant, LGDJ, 1980, p. 719 et s.

¹⁸⁸⁶ Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, *op. cit.*, nos 4 et 5, p. 2 et s. ; G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, *op.cit.*, n° 18, p. 75.

¹⁸⁸⁷ L'intérêt pour la question relative aux accessoires de la créance s'explique aussi par le besoin de distinguer une telle notion d'autres notions voisines telle l'indivisibilité. Pour la différence entre ces deux notions : J.-B. SEUBE, « *L'indivisibilité et les actes juridiques* », Préf. M. Cabrillac, Litec, 1999, n° 212, p. 246 : « *Toutefois, la différence entre les deux notions semble évidente en théorie. Si un élément est accessoire d'un autre, ils ne sauraient tout deux être indivisibles : alors que l'indivisibilité suggère l'idée d'interdépendance, le rapport de principal à accessoire induit au contraire celle de la dépendance unilatérale* ». À propos du caractère énonciatif de l'article 1692 du Code civil : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, n° 367, p. 363 : « *Les sûretés qui accompagnent la créance se rattachent sans difficulté à cette catégorie, comme y invite d'ailleurs l'article 1692 qui cite à titre d'exemples les « cautions, privilège et hypothèque* ». Ces auteurs précisent également que le cessionnaire d'une créance garantie par une caution solidaire bénéficie de l'obligation souscrite par cette caution.

¹⁸⁸⁸ A propos de l'existence de cette conception restreinte des accessoires de la créance, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, Litec, 10^e éd., 2015, n° 582 p. 428.

682. Selon une deuxième conception pouvant être qualifiée de large, les accessoires de la créance seraient non seulement les sûretés¹⁸⁸⁹ et les garanties, mais aussi les actions en justice tirées de la qualité de créancier, les moyens d'exécution qui appartenaient au cédant d'origine légale ou conventionnelle et, éventuellement, les actions en résolution, en nullité¹⁸⁹⁰ ou en rescision¹⁸⁹¹. Ainsi le cessionnaire pourrait bénéficier de l'action en responsabilité tant contractuelle qu'extra-contractuelle¹⁸⁹². En se fondant sur cette conception élargie, certains auteurs affirment que le cessionnaire peut bénéficier de plusieurs mécanismes : des actions oblique ou paulienne ; des modalités de l'obligation telles la solidarité¹⁸⁹³, le terme ou la condition ; de clauses relatives au paiement, telle la clause d'indexation¹⁸⁹⁴, ou celles concernant un litige, comme la clause compromissoire¹⁸⁹⁵. La jurisprudence semble adhérer à cette thèse¹⁸⁹⁶.

683. Selon une troisième conception, que l'on pourrait considérer d'intermédiaire, les accessoires de la créance ne se limitent pas aux sûretés ; ils s'étendent aussi aux droits et actions qui, sans emporter un paiement par priorité, ont pour finalité exclusive de renforcer la valeur ou de

¹⁸⁸⁹ Sauf la garantie autonome exclue expressément par l'article 2321, alinéa 4 du Code civil français.

¹⁸⁹⁰ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, op. cit., n° 310, p. 340 qui considèrent que le cessionnaire peut effectivement avoir un intérêt certain à l'exercice d'une action en nullité du contrat. Le prononcé de la nullité entraînerait, en raison de l'effet rétroactif qui s'y attache, l'inexistence de la créance en ouvrant ainsi au cessionnaire l'action en garantie.

¹⁸⁹¹ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, op. cit., n° 308 et s, p. 337 et s ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op.cit., n° 1417, p. 765 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1290, p. 1336.

¹⁸⁹² Par exemple, dans l'hypothèse où le cédant bénéficie d'une action tendant à la mise en jeu d'une responsabilité civile professionnelle : J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, op. cit., n° 309, p. 338 qui citent l'arrêt de la Chambre civile du 9 déc. 1863 ; DP, 1864, 1, 299.

¹⁸⁹³ F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 457, p. 393.

¹⁸⁹⁴ Ph. DUPICHOT, « Propriété et garantie au lendemain de l'ordonnance relative aux sûretés », *RLDC*, juill.-août 2006, supplément au n° 29, p. 19.

¹⁸⁹⁵ Il semble être aussi la conception défendue en droit allemand : E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op. cit., n° 569, p. 349 ; Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, op. cit., n° 826, p. 660, note 23. Les auteurs précisent qu'en application de l'article 1692 du Code civil, la cession de créance emporte transfert de la clause compromissoire et aussi l'action en responsabilité contractuelle ou délictuelle qui en est l'accessoire, fondée sur la faute antérieure d'un tiers : Cass. civ. 1^{re}, 24 octobre 2006, *Bull. civ. I*, n° 433. Voir également : P. MAYER, « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », *Revue de l'arbitrage*, 1998, p.359, spéc. 5 : « Ce même caractère accessoire de la clause compromissoire entraîne la conséquence opposée, c'est-à-dire la non-séparation, en cas de cession du contrat ou d'une créance contractuelle. L'idée a parfois été émise que, en raison de l'autonomie de la clause compromissoire, celle-ci n'était pas transmise, sans volonté expresse des parties, en même temps que le contrat principal en cas de cession de contrat, et qu'elle ne régissait pas non plus les rapports entre une partie et le cessionnaire des droits de l'autre partie, en cas de cession de créance, ni les rapports entre une partie et la personne subrogée dans les droits de l'autre partie, en cas de subrogation. Si on remonte au fondement véritable de la séparabilité, c'est-à-dire à la notion d'accessoire, il apparaît au contraire que la clause ne doit pas, dans ces hypothèses, être séparée des autres dispositions qui régissent la créance litigieuse. Elle constitue l'une des modalités de la créance, en indiquant la juridiction compétente pour statuer sur les litiges auxquels celle-ci peut donner lieu. Il n'y a aucune raison pour que le régime de la créance soit modifié à l'occasion du transfert de celle-ci. La jurisprudence française est sans équivoque à cet égard » (nous soulignons).

¹⁸⁹⁶ En ce qui concerne la transmission des clauses relatives au paiement et de la clause compromissoire : Cass. civ., 20 déc. 2001, n° 00-10806, *Bull. civ. II*, n° 198, *D. IR.* 2002, p. 251 ; X. PRADEL, « Cession de créance et transfert de la clause compromissoire », *D.* 2003, *Chron. P.* 569 ; *RTD com.* 2002, p. 279, obs. E. Loquin ; *Deffrénois* 2001, art. 37365, n° 42, obs. R. Libchaber. La jurisprudence admet la transmission du titre exécutoire contre la caution sous le fondement de l'article 1692 du Code civil : Cass. com., 5 février 2008, 06-17.029, *Juris - Data* n° 2008-042666, *Bull. civ. IV*, n° 26 obs. D. Legeais, *RDBF*, n° 2, mars 2008, comm. 37. La Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de se prononcer dans le même sens mais, à la différence de la décision rapportée, elle avait signalé que le titre exécutoire était un accessoire du cautionnement : Cass. com., 27 mars 2007, n° 05-20.696, *Bull. civ. IV*, n° 99.

favoriser le recouvrement de la créance¹⁸⁹⁷, à l'instar des actions en justice¹⁸⁹⁸ ou de la clause compromissoire¹⁸⁹⁹. Le critère selon lequel les accessoires auraient pour fonction exclusive d'être au service de la créance permettrait donc de restreindre la portée de la règle prévue à l'ancien article 1692 du Code civil¹⁹⁰⁰. Le cessionnaire pourrait bénéficier de l'action résolutoire du contrat générateur de la créance cédée mais seulement si l'action est fondée sur le défaut de paiement du prix. Cette action favoriserait exclusivement le titulaire de la créance¹⁹⁰¹. En revanche, il ne pourrait bénéficier ni de l'action en nullité ni de l'action en rescision de l'acte générateur de la créance cédée car ces actions ont un objectif beaucoup plus large que celui de favoriser exclusivement le titulaire de la créance¹⁹⁰². Soulignons à cet égard que la jurisprudence se réfère parfois au critère du « service exclusif » pour qualifier un élément d'accessoire ou non du droit de créance¹⁹⁰³.

684. Selon une quatrième conception, proposée par M. Juillet, les accessoires de la créance seraient des droits supplémentaires au droit de créance ayant pour finalité de protéger le créancier contre la défaillance du débiteur¹⁹⁰⁴. Il s'agit également d'une conception intermédiaire : la catégorie des accessoires de la créance comporterait d'autres éléments que les sûretés, sans inclure pour autant tous les types de garanties et d'actions.

Il conviendrait tout d'abord d'exclure de la catégorie des accessoires les éléments assimilés à la créance, tels les composants de la créance (le droit de gage général ou encore les actions oblique et paulienne par exemple), les éléments affectant sa structure comme la solidarité, et les éléments fixant le régime de la créance, telles les clauses relatives au paiement ou les clauses relatives au litige, comme la clause compromissoire ou celle attributive de juridiction. Ce sont des éléments qui ne présentent pas une existence suffisamment distincte de celle de la créance pour pouvoir être qualifiés d'accessoires. En d'autres termes, les éléments cités devraient être considérés comme des *attributs* de la créance¹⁹⁰⁵. Cela ne signifie pas que le cessionnaire ne puisse les invoquer en sa faveur ; ils lui sont

¹⁸⁹⁷ M. CABRILLAC, « Les accessoires de la créance », Mél. A. Weill, Dalloz-Litec, 1983, p. 107 et s., spéc. n^{os} 19 et s.

¹⁸⁹⁸ Cass. civ. 1^e, 10 janvier 2006, *Bull. civ. I*, n^o 6 ; Defrénois 2006. 597, obs. E. Savaux ; *LPA*, 31 octobre 2006, p. 5, note G. Mecarelli ; Cass. civ. 1^e, 24 oct. 2006, *Bull. civ. I*, n^o 433 ; *RDC* 2007. 291, obs. G. Viney (transmission de l'action en responsabilité contractuelle ou délictuelle).

¹⁸⁹⁹ FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation, op.cit.*, n^o 367, p. 363 ; Cass. civ. 2^e, 20 déc. 2001, *Bull. civ. II*, n^o 198.

¹⁹⁰⁰ M. CABRILLAC, « Les accessoires de la créance », art. préc., n^o 20, p. 115. Rappr. M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *Droit des sûretés, op.cit.*, n^o 582, p. 428.

¹⁹⁰¹ M. CABRILLAC, « Les accessoires de la créance », art. préc., n^o 28, p. 118.

¹⁹⁰² Voir en faveur du caractère non transmissible de l'action en nullité par exemple : E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes, op. cit.*, n^o 570, p. 350 ; V. EGEEA, « La circulation d'une créance non monétaire » *D.* 2012, 2111, Spéc. n^o 29 : « En revanche, le cessionnaire qui n'acquiert que la qualité de créancier, ne saurait valablement exercer une action en nullité du contrat de vente, au risque d'anéantir la créance elle-même ».

¹⁹⁰³ Cass. com. 15 mars 1988, *Bull. civ.* 1988, IV, n^o 106 (2^e arrêt) cité par Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance, op. cit.*, p. 165, note 722.

¹⁹⁰⁴ Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance, op. cit.*, n^o 283, p. 173.

¹⁹⁰⁵ M. JULIENNE, *Le nantissement de créance, op. cit.*, n^o 54, p. 41.

transmis en application de la maxime *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* selon laquelle l'on ne peut transmettre les droits dont on ne dispose pas, et non en application de la règle *accessorium sequitur principale*. En d'autres termes, si le cessionnaire peut faire valoir les modalités de la créance, le droit de gage général, la clause compromissoire, etc., cela s'explique par le fait que ce sont des éléments assimilés à la créance et, par conséquent, « ils passent au créancier dérivé pour cette seule raison que celui-ci reçoit le droit de créance tel qu'il existait dans le patrimoine de son auteur »¹⁹⁰⁶. La même conclusion s'imposerait à l'égard des actions en justice : celles-ci ne sont que des voies de droit permettant la réalisation de la créance¹⁹⁰⁷.

Ayant exclu de la catégorie d'accessoires de la créance les éléments faisant partie de la créance elle-même, l'auteur précise qu'un élément ne peut être qualifié d'accessoire que s'il a la même nature juridique que la créance. Ainsi, l'accessoire de la créance doit être un droit qui vient s'ajouter au droit de créance. En d'autres termes, il s'agit d'un droit supplémentaire. Par conséquent, ni une dette, ni une chose ne pourraient être considérées comme des accessoires d'une créance¹⁹⁰⁸.

Mais encore, pour qu'un droit supplémentaire au droit de créance puisse être qualifié d'accessoire, il est nécessaire qu'il vienne le renforcer. Autrement dit, le droit supplémentaire au droit de créance ne peut être qualifié d'accessoire que s'il accroît les possibilités pour le créancier de voir la prestation exécutée¹⁹⁰⁹.

C'est ainsi que l'auteur conclut au caractère accessoire des sûretés, du droit de rétention, de la clause de réserve de propriété et de l'action résolutoire ; mais seulement dans les cas où le cédant a lui-même déjà exécuté son obligation envers le débiteur¹⁹¹⁰. En revanche, l'auteur exclut de cette

¹⁹⁰⁶ Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, *op. cit.*, n° 78, p. 49.

¹⁹⁰⁷ Ch. JUILLET, *ibidem*, n° 167, p. 105. Dans le même sens : G. WIEDERKEHR, obs. sur Cass. civ. 1^e, 28 fév. 1995, *Justices*, 1996, p. 376 : « L'action n'est pas un bien qui circule ; elle n'a pas d'existence indépendante. Elle tient à la situation dont il résulte que le titulaire a intérêt à agir. C'est donc parce que la subrogation, en raison du transfert de droits qu'elle réalise, met le subrogé dans une situation où il a intérêt et qualité pour agir que celui-ci devient titulaire d'une action. Mais celle-ci ne lui est pas vraiment transmise. En réalité, elle naît en la personne du subrogé ». D'une manière implicite et en ce qui concerne la clause compromissoire : J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 484, p. 474, note 1 qui affirme que la cession n'altère ni les caractères, ni les modalités, ni les clauses définissant le régime de la créance telle la clause d'arbitrage, pour affirmer ensuite que le cessionnaire recueille, en outre, les accessoires de la créance. Cette présentation laisse donc entendre que l'auteur n'inclut ni les modalités ni les clauses définissant le régime de la créance dans la catégorie des accessoires de la créance.

¹⁹⁰⁸ Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, *op. cit.*, n° 194, p. 122.

¹⁹⁰⁹ Cela signifie que le droit accessoire doit protéger le créancier contre la défaillance du débiteur, soit en prévenant une telle défaillance, soit en remédiant à une telle défaillance, soit en réparant les conséquences préjudiciables d'une telle défaillance : Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, *op. cit.*, n° 264, p. 165 (voir aussi nos 194 et 305) ; Rapp. G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, *op. cit.*, n° 11 et s.

¹⁹¹⁰ Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, *op. cit.*, n° 375 s., p. 223 s. Plus précisément, cet auteur affirme que deux conditions doivent être réunies pour que l'action en résolution puisse être considérée comme un accessoire de la créance : il est nécessaire, d'une part, que le créancier soit débiteur d'une obligation de donner et, d'autre part, qu'il ait exécuté cette obligation afin d'obtenir une forme de satisfaction par équivalent, ce qui ne peut se produire qu'en qualité de créancier, et non libéré de son obligation, ce qui se produit en qualité de débiteur réciproque, donc de contractant (n° 377, p. 224). Rapp. J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 485, p. 476-477.

catégorie les actions en nullité¹⁹¹¹, le droit du délégataire contre le délégué ou encore certaines propriétés-garanties non fiduciaires¹⁹¹².

685. S'agissant du droit colombien, la doctrine s'intéresse moins à la notion même d'« accessoire de la créance » parce que le législateur colombien ne s'est pas servi de cette expression pour déterminer la portée du transfert opéré par la cession¹⁹¹³. Toutefois, les auteurs se réfèrent aux « accessoires de la créance » afin de remettre en cause le prétendu caractère limitatif de l'article 1964 du Code civil défendu par une partie de la doctrine. Pour mieux comprendre la portée du transfert en droit colombien, étudions tout d'abord les arguments invoqués par les défenseurs du caractère limitatif de l'article 1964 du Code civil, pour analyser ensuite les arguments avancés par les partisans du caractère énonciatif de ce texte.

686. S'agissant du caractère limitatif de l'article 1964 et, par conséquent, du caractère restreint du transfert, les auteurs invoquent un argument textuel : la rédaction de l'article 1964 ne laisserait pas la place à une interprétation extensive¹⁹¹⁴. La raison en serait que le législateur a prévu le transfert des cautionnements, des privilèges et des hypothèques sans introduire aucune locution laissant sous-entendre le caractère non exhaustif de la liste¹⁹¹⁵.

687. Quant au caractère énonciatif de l'article 1964, les auteurs se servent précisément de la notion d'accessoire de la créance pour le défendre. Si le législateur n'a fait référence qu'aux cautions, privilèges et hypothèques, il l'aurait fait à titre d'exemple. Ainsi le transfert s'étendrait à tous les autres accessoires de la créance. Sans approfondir cette notion, les auteurs affirment simplement, en se référant à M. Cabrillac, que les accessoires seraient les garanties, les droits et les actions au service de la créance¹⁹¹⁶. Ils soulignent par ailleurs, conformément la rédaction de l'article 1964 du Code civil, que la seule restriction à ce principe consisterait dans l'impossibilité de transférer les « *exceptions personnelles du cédant* »¹⁹¹⁷. Autrement dit, si le législateur avait voulu limiter le transfert au cautionnement, au privilège et à l'hypothèque, la précision selon laquelle la cession « *ne transfère pas les*

¹⁹¹¹ Cet auteur exclut l'action en nullité de la catégorie des accessoires de la créance car « *sa fonction consiste uniquement à permettre l'anéantissement d'un acte juridique dont la formation est viciée* » (n° 292, p. 177).

¹⁹¹² Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, *op. cit.*, n° 289, p. 175.

¹⁹¹³ V. *supra* n° 678.

¹⁹¹⁴ L.-E. GACHARNA cité par A. PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, vol. III, part. 2, *Clasificación, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones*, *op. cit.*, n° 482, p. 300 s.

¹⁹¹⁵ L'article 1964 du Code civil colombien est rédigé différemment de l'ancien article 1692 du Code Napoléon : le législateur colombien n'emploie pas la locution « tel » avant d'indiquer les éléments compris dans le transfert. C'est précisément en raison de cette omission que certains ont pu y voir une disposition limitative.

¹⁹¹⁶ B.-M. MARTINEZ-CARDENAS et F. TERNERA-BARRIOS, « De las garantías tradicionales a las garantías derivadas », *Revista Opinión jurídica*, Universidad de Medellín, vol. 10, n° 19, 2011, p. 181-194, spéc. p. 183.

¹⁹¹⁷ En effet, selon les termes de la disposition mentionnée, « *La cession d'une créance comprend ses cautions, privilèges et hypothèques ; mais elle ne transfère pas les exceptions personnelles du cédant* » (Nous soulignons).

« exceptions personnelles du cédant » aurait été superflue¹⁹¹⁸. La jurisprudence colombienne adopte quant à elle une conception large. Elle considère que l'action résolutoire, par exemple, est transmise¹⁹¹⁹.

Cette position serait confortée par l'article 1670 du Code civil relatif à la portée du transfert en matière de subrogation légale et conventionnelle. En effet, selon les termes de cette disposition, « la subrogation transfère au nouveau créancier tous les droits, actions et privilèges, gages et hypothèques de l'ancien, contre le débiteur principal, ainsi que contre les tiers obligés solidairement et subsidiairement à la dette ». Certes, cette disposition concerne la subrogation et non la cession de créance mais la doctrine majoritaire colombienne reconnaît le caractère translatif de la subrogation personnelle. Plus encore, rappelons qu'un nombre important d'auteurs n'hésitent pas à remettre en cause la distinction entre subrogation personnelle *ex parte creditoris* et cession de créance¹⁹²⁰. De la sorte, si le législateur a reconnu le caractère étendu du transfert en matière de subrogation personnelle, rien ne justifie que le transfert en matière de cession de créance ait une portée moindre¹⁹²¹.

688. En partant d'un tel raisonnement, la plupart des partisans du caractère énonciatif de l'article 1964 du Code civil sont favorables au transfert de certaines clauses, telles la clause compromissoire¹⁹²² ou celle relative aux intérêts¹⁹²³. Il en est de même quant au droit de rétention¹⁹²⁴ ou à la clause de réserve de propriété¹⁹²⁵, même si la détermination de la nature juridique de ceux-ci

¹⁹¹⁸ M. CASTRO DE CIFUENTES, « Transmisión de las obligaciones », art. préc., n° 5, p. 78;

¹⁹¹⁹ Corte Suprema de justicia, Sala de casación civil, 23 octobre de 1915, *GJ XXV*, M.R.: Germán D. Pardo où la Cour a eu l'occasion de se prononcer en faveur du transfert de l'action en résolution dans le cas d'une cession partielle. Elle a décidé que les cessionnaires partiels devaient exercer l'action de manière conjointe ; Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, 12 septembre 1950, M. R. : P. Castillo Pineda, *GJ LXVIII*, p. 55-63.

¹⁹²⁰ V. *supra* n° 251.

¹⁹²¹ Cette interprétation est confortée par l'article 28 de la loi 1116 de 2006 relatif au régime d'insolvabilité de l'entreprise. En effet, cet article dispose que la subrogation légale et la cession de créance transfère au nouveau créancier tous les droits, actions et privilèges et accessoires dans les termes de l'article 1670 du Code civil.

¹⁹²² F.-A. CASTILLO MAYORGA, « La cesión del crédito », art. préc., p. 424.

¹⁹²³ F.-A. CASTILLO MAYORGA, *ibidem*.

¹⁹²⁴ A la différence du droit français après la réforme introduite par le législateur en 2006 (art. 2286 du Code civil français), il n'existe pas, en droit colombien, de principe général reconnaissant le droit de rétention. On n'y trouve que quelques dispositions éparpillées concernant les cas spécifiques dans lesquels il peut opérer. Cependant, avec la récente réforme des garanties mobilières, le législateur reconnaît expressément la nature juridique de garantie mobilière au droit de rétention (art. 3 de la loi n° 1676 du 20 août 2013). Ainsi, d'aucuns affirment que le droit de rétention serait une garantie mixte étant donné qu'elle serait caractérisée par des éléments d'une garantie personnelle et des éléments d'une garantie réelle : B. HERRERA-TAPIAS et D. ALFARO PATRON, « El nuevo derecho de garantías en el derecho colombiano y en el derecho comparado », *JusticiaJuris*, vol. 7, n° 1, enero-junio 2011, p. 93-106, spéc. 1.2.3, p. 100. La doctrine majoritaire admet que le droit de rétention est une garantie au sens large, c'est-à-dire qu'il s'agit d'un mécanisme qui a pour but de garantir la satisfaction du créancier : F. TERNERA-BARRIOS et F. MANTILLA-ESPINOSA, « Posesión y retención: ¿Hechos, derechos o quimeras? », *Revista Chilena de derecho privado*, n° 15, diciembre 2010, p. 115-141, spéc. n° 1: « (...) En effet, la rétention se reconnaît comme un élément accessoire d'une créance ; par conséquent, le transfert ou transmission de celle-ci doit imposer la disposition juridique de la rétention. La transmission d'une créance peut avoir lieu par succession mortis causa ; pour sa part, le transfert par acte inter vivos pourrait avoir lieu par des mécanismes tels que la cession de créance ou la subrogation (arts. 1964, 1668 y 1670 du Code civil colombien) ».

¹⁹²⁵ L'article 3 de la loi n° 1676 du 20 août 2013 qualifie de « garantie mobilière » la clause de réserve de propriété. Voir cependant les critiques contre l'analyse de la clause de réserve de propriété en un accessoire de la créance : J. KLEIN, « La réserve de propriété est-elle vraiment un accessoire de la créance ? », *RDC* 2014, n° 3, p. 393 qui précise que « la réserve de propriété en droit allemand n'est en effet pas fondée sur l'accessoire mais sur la dissociation, ignorée du droit français, de l'effet obligatoire et de l'effet réel de la vente » (spéc. note 15). La précision apportée par cet auteur quant au fonctionnement de la réserve de propriété en droit allemand est intéressante dans la mesure où la dissociation de l'effet obligatoire et de l'effet réel de la vente n'est pas ignorée du droit colombien. De la sorte, on peut se demander si l'analyse de la clause de réserve de propriété ne devait pas

est objet de débat. En revanche, la question du transfert des actions en résolution, en nullité ou en rescision divise ces auteurs et le débat se pose dans les mêmes termes qu'en droit français.

Beaucoup affirment que si la cession transfère l'action en résolution, cela n'est pas le cas des actions en nullité ou en rescision. La raison tient à ce que l'action en résolution permettrait de forcer l'exécution du débiteur alors que les actions en nullité ou en rescision entraîneraient nécessairement l'anéantissement du contrat. Il s'agit également de la position de la jurisprudence colombienne¹⁹²⁶. Une partie minoritaire de la doctrine est défavorable au transfert automatique de l'action en résolution, de l'action en nullité ainsi que de l'action en rescision¹⁹²⁷. Deux principaux arguments sont avancés par les partisans cette dernière position. D'une part, le cessionnaire d'une créance n'acquiert pas la qualité de partie au contrat et les actions mentionnées sont des actions réservées à celle-ci¹⁹²⁸. D'autre part, en établissant que la cession « *ne transfère pas les exceptions personnelles du cédant* », le législateur aurait voulu exclure le transfert automatique des actions mentionnées ; celles-ci seraient réservées au cédant à titre d'« exceptions personnelles »¹⁹²⁹.

689. Contrairement à ce qu'on pourrait *a priori* croire, prendre position sur la notion d'« accessoire de la créance » s'avère indispensable. En effet, une telle qualification permet notamment de déterminer, en cas de silence des parties, si un élément est transmis ou non¹⁹³⁰. Parmi les différentes thèses défendues par les doctrines française et colombienne, nous adhérons plutôt à celle de M. Juillet. Ainsi, pour qu'un élément puisse être qualifié d'accessoire de la créance, il doit réunir cumulativement deux caractéristiques : premièrement, il doit s'agir d'un droit supplémentaire au droit de créance ;

être faite, en droit colombien, sur le fondement d'une telle dissociation au lieu de l'étude sur le fondement du caractère accessoire.

¹⁹²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 23 octobre 1915, *GJ XXV*, M.R.: Germán D. Pardo, p. 178.; Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 12 septembre 1950, *GJ LXVIII*, p. 53-63, M. R.: Pedro Castillo Pineda. Dans cette décision, la Haute juridiction a souligné que le transfert comprenait les droits inhérents à la créance elle-même, tels que l'action exécutoire du créancier primitif, l'action résolutoire du créancier primitif, et, en général, tout ce qui appartient à la créance. Il convient pourtant de préciser que la Cour semble admettre que les actions en nullité et en rescision peuvent être transmises pourvu qu'il existe une clause en ce sens là : Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 26 septembre 1941, *GJ LII*, M.R. : Liborio Escallón, p. 403 – 404. Voir à propos de la portée de cette jurisprudence : F.-A. CASTILLO MAYORGA, « La cesión del crédito », art. préc., p. 424-426.

¹⁹²⁷ F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones, concepto, estructura, vicisitudes*, I, *op.cit.*, n° 348, p. 445-447.

¹⁹²⁸ F. HINESTROSA, *ibidem*.

¹⁹²⁹ G. OSPINA-FERNANDEZ, *Teoría de los Actos o negocios jurídicos*, 4^e éd., Temis, p. 470-471. Cela explique que l'auteur précise que lorsque l'article 1743 du Code civil colombien reconnaît la possibilité pour le cessionnaire d'invoquer la nullité relative, cela doit s'interpréter dans le sens qu'une telle possibilité aura lieu dans les hypothèses de la cession d'une telle action de façon particulière.

¹⁹³⁰ Cette détermination n'a pas qu'un intérêt théorique. L'intérêt est aussi pratique : si l'on peut admettre que les parties à la cession, cédant et cessionnaire, se mettent d'accord pour exclure un élément qui, par nature, est un accessoire, on peut aussi admettre qu'elles se mettent d'accord pour inclure un élément qui, par nature, n'est pas un accessoire de la créance. La raison est que le principe de la transmission de plein droit n'est pas d'ordre public (Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance, op. cit.*, n° 621, p. 377 : « *D'une manière générale, puisque les parties sont libres de constituer un accessoire pour la garantie de la créance, rien n'interdit, a fortiori, de décider que la garantie ne suivra pas le sort de la créance en cas de transmission. L'article 1134 du Code civil doit recevoir sa pleine application* ». En revanche, il paraît difficile d'admettre le même principe à l'égard des éléments qui intègrent la créance elle-même. Admettre le contraire pourrait entraîner la modification de l'obligation, voire l'aggravation de la situation du débiteur.

secondement, il doit avoir pour fonction de pallier la défaillance du débiteur. Dès lors, il conviendrait d'exclure les attributs de la créance, tels que le droit de gage général, les actions oblique et paulienne, ainsi que les éléments affectant sa structure¹⁹³¹ et son régime¹⁹³². Il en est de même des actions en justice¹⁹³³. Si ces éléments se transmettent au cessionnaire, c'est en application de la maxime *nemo plus juris*¹⁹³⁴. Pour ce qui est de l'action en justice, nous sommes de l'avis qu'elle constitue une prérogative impersonnelle, un attribut du sujet de droit. Ainsi il est plus pertinent de considérer que l'action naît dans la personne du cessionnaire du fait de la cession au lieu de prétendre qu'elle lui est transmise¹⁹³⁵.

690. Une fois exclus les attributs de la créance de la catégorie des accessoires, il reste à déterminer les droits supplémentaires au droit de créance ayant pour fonction de pallier la défaillance du débiteur¹⁹³⁶. A cette fin, il est indispensable se tourner vers les dispositions prévues à cet effet au sein de nos législations. Rappelons que tant l'ancien article 1692 du Code Napoléon que l'article 1964 du Code civil colombien prévoient le transfert du cautionnement, du privilège et de l'hypothèque. Doit-on en conclure que seules les sûretés peuvent être qualifiées d'accessoires ? Nous ne le pensons pas. Les accessoires de la créance ne se réduisent pas aux sûretés, voire aux garanties *stricto sensu* du droit colombien¹⁹³⁷. L'ancien article 1692 du Code civil français et l'article 1964 du Code civil

¹⁹³¹ Par exemple la solidarité.

¹⁹³² Telles les clauses relatives au paiement ou les clauses relatives au litige (clause compromissoire ou clause attributive de juridiction), ou même le terme ou la condition. Voir pour une analyse approfondie sur le débat autour du caractère accessoire ou pas de la clause compromissoire : Ch. BOILLOT, « Le régime des clauses relatives au litige », *RTD com.* 2013, n° 1, janv.-mars, p. 1-31.

¹⁹³³ Voir en faveur de la qualification d'accessoire de la créance à l'action en justice : Cass. com. 18 nov. 2014, n° 13-13336 ; *AJCA* 2015. 127 ; *RDBF*, n° 1, janv. 2015, com. 10, obs. A. Cerles ; X. DELPECH, « La cession de créance emporte celle des actions en justice qui lui sont attachées », *D.* 2006. 365 ; D. BERT, « Regards sur la transmission de l'action en justice (à propos de Cass. civ. 1^e, 10 janvier 2006) », *D.* 2006, n° 31, p. 2129, spéc. p. 2130 : « Il ne faisait donc pas de doute, à la lecture de cette décision, que la Cour de cassation consacrait, fût-ce par ellipse, le caractère accessoire de l'action en justice. En effet, su la clause compromissoire est un accessoire de l'action en justice et qu'elle est transmise par le biais de la cession de créance, c'est donc que l'action en justice est elle-même accessoire de la créance ».

¹⁹³⁴ V. *supra* n° 495 et s.

¹⁹³⁵ Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, *op. cit.*, n° 169, p. 106. Voir dans le même sens : J. LAURENT, *La propriété des droits*, *op. cit.*, n° 467, p. 365-366 : « Le cessionnaire peut exercer l'action du cédant non parce qu'elle lui a été transmise accessoirement à la créance, mais parce qu'il en est, à sa suite, le propriétaire. On rejoint ainsi, bien que pour d'autres motifs, une position proche de celle que défend une partie de la doctrine d'inspiration plus processualiste, qui conteste la transmissibilité des actions au motif qu'elle ne serait pas envisageable indépendamment de la transmission du droit substantiel qu'elles permettent de sanctionner ». Rapp. P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. préc., n° 55, p. 808 : « D'une manière plus générale, lorsque la créance transmise est contractuelle, on peut dire qu'elle est transmise telle que le contrat l'avait modelée, configurée. C'est pourquoi, sans même qu'il soit besoin de passer par la notion très ambiguë d'accessoire, le cessionnaire ou le subrogé pourront se voir appliquer toutes les clauses contenues dans le contrat générateur de la créance, de même qu'ils pourront en demander l'application à leur profit : c'est ainsi que la Cour de cassation vient de juger qu'un banquier cessionnaire d'une créance née d'un contrat international était soumis à la clause compromissoire stipulée dans ce contrat ».

¹⁹³⁶ L'idée selon laquelle les accessoires de la créance doivent être avant tout des « droits » est confortée par certaines dispositions tant en droit français qu'en droit colombien. En droit français, le nouvel article 1346-6 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 dispose effectivement que la subrogation transmet à son bénéficiaire la créance et ses accessoires, à l'exception des *droits* exclusivement attachés à la personne du créancier. Il semble donc que pour le législateur, les accessoires sont des « droits ». Quant au droit colombien, il est par exemple assez révélateur que l'intitulé de l'article 1964 du Code civil fasse référence aux « droits que comprend la cession ». D'ailleurs, cette idée semble confortée par les Principes du droit européen du contrat. En fait, l'article 11:201 relatif à l'étendue du transfert consacre la règle selon laquelle la cession transfère tous les droits du cédant au paiement relativement à la créance cédée(a), pour souligner ensuite que le transfert s'étend à tous les droits accessoires qui garantissent le paiement (b).

¹⁹³⁷ A la différence du droit français, le terme « sûreté » n'existe pas en droit colombien. La doctrine distingue entre les garanties au sens strict (sûretés) et celles au sens large (garantie) : M. RODRIGUEZ GONZALEZ, « El derecho de garantías en

colombien n'ont donc qu'un caractère énonciatif. La rédaction de l'ancien article 1692 incite à cette conclusion. Le recours du législateur à l'adjectif « tels » montre bien qu'il n'a cherché qu'à donner quelques exemples d'accessoires de la créance. Quant à l'article 1964 du Code civil colombien, même si sa rédaction n'est pas aussi claire que celle de l'ancien article 1692 du Code civil français, nous croyons que l'idée du législateur n'était pas de restreindre le transfert aux sûretés. De notre point de vue, lorsque le législateur colombien énonce que la cession ne transfère pas les « *exceptions personnelles* » du cédant, juste après avoir précisé que la cession transfère les cautionnements, privilèges et hypothèques, cela démontre qu'il n'a pas voulu borner la portée du transfert aux éléments expressément signalés dans le texte. La restriction introduite constitue en conséquence la seule limite à l'étendue du transfert.

691. Avec la récente réforme en droit français, on peut se demander si la conception des accessoires qui ne se limite pas aux sûretés peut être ou non maintenue. Une réponse affirmative s'impose. Il est vrai que l'interrogation relative au caractère limitatif ou énonciatif de la disposition semble avoir perdu de son intérêt. Rappelons en effet que le nouvel article 1321 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 dispose que la cession « *s'étend aux accessoires de la créance* ». La lecture d'autres dispositions, tel que le nouvel article 1334 issu de l'ordonnance précitée, milite cependant en faveur de la thèse selon laquelle les accessoires de la créance ne se réduisent pas aux sûretés. En effet, le législateur pose que l'extinction de l'obligation ancienne s'étend à tous ses accessoires, pour préciser ensuite que, par exception, « *les sûretés d'origine peuvent être réservées pour la garantie de la nouvelle obligation* ». Cette disposition révèle donc que le législateur a distingué les accessoires des sûretés. En effet, s'il avait identifié l'expression « sûretés » à celle d'« accessoires », il lui aurait suffi de signaler que l'extinction de l'obligation s'étend à toutes les sûretés, sauf stipulation contraire. Même si ce texte est relatif à la novation, rien n'interdit de penser que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont accordé la même signification à l'expression « accessoires » dans le cadre de la novation par changement de créancier, de la subrogation personnelle *ex parte creditoris* et de la cession de créance.

692. Il conviendrait donc d'admettre que le cautionnement¹⁹³⁸, le privilège et l'hypothèque ne sont que des exemples d'accessoires de la créance. Il en est de même du droit de rétention et de la

Francia », *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Christian Larroumet*, Fabricio Mantilla Espinosa y Carlos Pizarro Wilson (dir.), Universidad Diego Portales, Fundación Fueyo y Universidad del Rosario, 2008, p. 514-515, note 22.

¹⁹³⁸ L'auteur d'une thèse récente en droit français a remis en question le caractère accessoire du cautionnement. Sans entrer dans les détails de son étude, précisons qu'il affirme que si le cessionnaire peut bénéficier du cautionnement, la raison en serait que la caution est un débiteur subsidiaire : J.-D. PELLIER, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation, contribution à l'étude du concept de coobligation*, Préf. Ph. Délébecque, LGDJ, 2012, spéc. n° 27, p. 54.

clause de réserve de propriété¹⁹³⁹. C'est précisément en raison du caractère accessoire que les droits français¹⁹⁴⁰ et colombien¹⁹⁴¹ reconnaissent, en dépit de quelques hésitations¹⁹⁴², que l'accomplissement des formalités requises pour la validité et l'opposabilité de la cession sont suffisantes pour la transmission et l'opposabilité de l'hypothèque¹⁹⁴³. Cependant, comme un auteur français l'a souligné, pour que le cessionnaire puisse bénéficier effectivement des sûretés garantissant la créance cédée, un formalisme destiné à informer les tiers ou le donneur de sûreté doit être respecté¹⁹⁴⁴.

693. En revanche, les actions en résolution, en rescision ou en nullité¹⁹⁴⁵ ne constituent pas des accessoires de la créance. Ce sont des actions ayant pour finalité de garantir les droits des parties au contrat et, par conséquent, elles doivent être réservées à celles-ci. En d'autres termes, ces actions sont une manifestation de la structure du contrat envisagé d'une façon globale¹⁹⁴⁶ et, par conséquent, le fait de les accorder au cessionnaire de la créance pourrait altérer la structure générale

¹⁹³⁹ La doctrine colombienne qualifie ces éléments d'accessoires de la créance, même si le législateur ne se réfère pas expressément à une telle qualification : B.-M. MARTINEZ-CARDENAS et F. TERNERA-BARRIOS, « De las garantías tradicionales a las garantías derivadas », *Revista Opinión jurídica*, Universidad de Medellín, vol. 10, n° 19, 2011, p. 181-194.

¹⁹⁴⁰ V. J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, op. cit., n° 308, p. 337 qui soulignent que le doute était permis en matière de cession par bordereau Dailly avant la modification introduite par l'article 67 de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003. Cet article a disposé expressément que le bordereau « entraîne de plein droit le transfert des sûretés, des garanties et des accessoires attachés à chaque créance, y compris les sûretés hypothécaires, et son opposabilité aux tiers sans qu'il soit besoin d'autre formalité ».

¹⁹⁴¹ En ce qui concerne la doctrine par exemple : J.-A. BONIVENTO FERNANDEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, op.cit., n° 176, p. 372 ; C. GOMEZ ESTRADA, *De los principales contratos civiles*, op.cit., n° 136, p. 170 ; M. CASTRO DE CIFUENTES, « Transmisión de las obligaciones », art. préc., n° 5, p. 78 ; F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, op. cit., n° 341, p. 440, note 124. Quant à la jurisprudence : Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 26 juin 1940, GJ LI, M.R. : Juan A. Donado, p. 752 : « Selon une jurisprudence constante, il n'y a pas besoin, pour céder une créance hypothécaire, de l'octroi d'une écriture publique. Il a été maintes fois affirmé par la Cour qu'il suffit la remise du titre constatant la créance cédée avec les formalités exigées pour la cession des droits personnels. Avec cette remise le cessionnaire peut profiter des privilèges, cautions et hypothèques, tel qu'il est prévu à l'article 1964 du C.C. S'il est vrai que l'hypothèque et le gage sont des droits réels, ces droits sont accessoires d'un droit personnel et, en tant que tels, ils ne peuvent pas conditionner l'obligation principale, mais en revanche, ils leur sont subordonnés ».

¹⁹⁴² Une partie de la doctrine colombienne affirme que pour céder une créance hypothécaire, il est nécessaire de le faire par le biais d'une écriture publique afin de pouvoir l'inscrire : F. VELEZ, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, t. VII, op. cit., n° 447, p. 339 ; A. PEREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, 1^{ère} part., vol. 1, op. cit., n° 482, p. 303 et s.

¹⁹⁴³ Le même constat doit être fait en matière de droit spécial. Quant au droit français, l'alinéa 3 de l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier dispose que « la remise du bordereau entraîne de plein droit le transfert des sûretés, des garanties et des accessoires attachés à chaque créance, y compris les sûretés hypothécaires, et son opposabilité aux tiers sans qu'il soit besoin d'autre formalité ». Voir sur ce point : J. LAURENT, *La propriété des droits*, op. cit., n° 464, p. 360 : « Par conséquent, non seulement le cessionnaire acquiert l'objet de la cession mais également tous les accessoires du droit transmis, ainsi que le rappelle l'article 1692 du Code civil. La solution est en tout point similaire en matière de cession Dailly (L. 313-27 al. 3 du Code de commerce) ».

¹⁹⁴⁴ Ch. GIJSBERS, « Le nouveau visage de la cession de créance », art. préc., p. 52, note 45 qui souligne par exemple que pour bénéficier des sûretés immobilières, une mention en marge à la publicité foncière serait nécessaire (C. civ., art. 2430), ou une inscription modificative dans le cas d'un gage sans dépossession (D. n° 2006-1804, 23 déc. 2006, JO 31 déc., art. 4), et une notification de la cession au sous-débiteur en cas de nantissement de créance, ou une notification au garant en cas de cautionnement. Voir également : M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, op. cit., n° 185, p. 118-119. Cette solution est consacrée par certains systèmes juridiques où, dans le cas de cession d'une créance hypothécaire, le cessionnaire doit inscrire la cession de créance au registre foncier ou au registre des droits personnels et réels mobiliers pour que la cession soit opposable aux tiers. C'est le cas du Code civil du Québec : D. LUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, op.cit., n° 3183, p. 2007.

¹⁹⁴⁵ Voir d'une manière générale à propos de l'action en nullité, de la qualité et de l'intérêt pour agir : Y.-M. SERINET, « Spécificités du contentieux contractuel » note sous Cass. civ. 3^e, 18 oct. 2005, RDC, n° 2, 2006, p. 470 ; J. LAURENT, *La propriété des droits*, op. cit., n° 467, p. 364 s.

¹⁹⁴⁶ Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, Préf. R. Bout, LGDJ, n° 166, p. 152-153.

du contrat¹⁹⁴⁷. Plus particulièrement, concernant l'action en résolution, nous partageons la position d'une partie de la doctrine colombienne selon laquelle le créancier qui cède sa créance de prix, par exemple, est censé renoncer à l'action en résolution contre le débiteur¹⁹⁴⁸. Le fait d'admettre sans nuance le transfert de ces actions revient à négliger que, dans certaines hypothèses comme celle d'une cession partielle, le transfert de telles actions peut entraîner des difficultés majeures¹⁹⁴⁹.

Outre l'exclusion de ces actions de la catégorie d'accessoires, il doit en être de même des dettes, car ce ne sont pas des droits ayant pour finalité de prémunir le créancier contre la défaillance de son débiteur¹⁹⁵⁰.

694. Doit-on donc conclure que tous les accessoires de la créance se transmettent automatiquement avec la créance ? Une réponse nuancée s'impose. Comme M. Juillet l'affirme, certains droits ne suivent pas nécessairement le sort du droit de créance, ce qui n'empêche pourtant

¹⁹⁴⁷ M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, op. cit., n° 117, p. 84 ; LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XXIV, Paris, 1878, n° 535, p. 529 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, op. cit., n° 367, p. 364. Il convient en outre de souligner qu'une décision ancienne a exclu toute transmission des actions en nullité, résolution ou rescision, en l'absence de stipulation expresse : Limoges, 27 nov. 1811 *Jur. gén. Dalloz*, t. XLIII, 1858, V° « Vente », n° 1718 : « *Considérant que la cession faite par la dame Jagot au sieur Valière de tous ses droits paternels et collatéraux, quoique faite sans aucune exception et avec toute la latitude usitée dans de pareils contrats, ne comprend pas néanmoins la cession nominative des actions rescindantes et rescisoires (...) l'opinion la plus saine, adoptée par les autorités les plus graves, et confirmée par la jurisprudence des arrêts, a toujours été et paraît devoir être encore qu'il n'est pas permis d'induire la cession des actions rescindantes et rescisoires des clauses d'une cession ordinaire, quelque générale qu'elle puisse être, et qu'il est nécessaire que cette espèce de cession particulière soit faite d'une manière spéciale et nominative ; qu'à défaut de ce, on doit toujours présumer que le cédant a voulu, par respect pour lui-même, que son engagement ou celui de ses auteurs fût exécuté* ». Contra Th. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. II, op. cit., n° 450, p. 150 qui l'admet dans tous les cas, sauf quelques exceptions.

¹⁹⁴⁸ Le fait que le contractant-crédancier cède sa créance révélerait qu'entre les deux possibilités ouvertes par la loi, le créancier a choisi la voie de l'exécution du contrat : H. D. VELASQUEZ GOMEZ, *Estudio sobre obligaciones*, op. cit., n° 546, p. 1029 ; C. GOMEZ ESTRADA, *De los principales contratos civiles*, op. cit., n° 137, p. 172 ; F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, op. cit., n° 348, p. 445-446.

¹⁹⁴⁹ M. CABRILLAC, « Les accessoires de la créance », art. préc., n° 32, p. 119 et s. J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, op. cit., n° 517, p. 561 : « *Malgré la divisibilité des créances respectives, en dépit également de la divisibilité du privilège du vendeur de fonds de commerce, il faut admettre, dans ce cas, que l'action résolutoire est, elle, une et indivisible, et qu'elle ne peut donc être intentée qu'avec l'accord unanime de tous les bénéficiaires. Le principe de l'indivisibilité de l'action résolutoire justifie cette solution, au demeurant la plus pratique* ».

¹⁹⁵⁰ Comme certains auteurs le soulignent, le terme « accessoire » ne fait référence qu'aux droits pouvant améliorer les chances de recouvrement de la créance par le cessionnaire. Cela ne signifie pour autant pas que le débiteur ne puisse invoquer à l'encontre du cessionnaire une créance en sa faveur afin de la faire compenser par la dette du cessionnaire. Mais si une telle possibilité existe, le fondement n'est pas celui du prétendu caractère « accessoire » de la dette mais, en revanche, de la possibilité pour le débiteur d'opposer les exceptions au créancier cessionnaire : L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *D.* 2013. 2255, note sous Cass. com., 2 juill. 2013, n° 12-18413, où l'auteur affirme qu'en visant l'article 1295 du Code civil ainsi que l'exception tenant à la connexité, l'arrêt renvoi implicitement à la question de l'opposabilité par le cédé de l'exception de compensation née dans ses rapports avec le cédant. De plus, soulignons que l'auteur aborde la problématique du point de vue de l'exclusion du transfert des dettes avec la créance cédée. L'auteur précise que les accessoires de la créance, visés par l'article 1692 du Code civil, peuvent être définis comme des droits supplémentaires au droit de créance ayant pour fonction de prémunir le créancier contre la défaillance de son débiteur. Il s'agit donc d'éléments de l'actif renforçant la situation du créancier, et non d'éléments du passif. Il est pourtant important de signaler que cet auteur critique la position de la Cour qui laisse la porte ouverte à la possibilité de considérer que la dette serait un accessoire dans l'hypothèse de la connexité. Plus précisément, l'auteur critique le manque de prudence qui entoure la question de la cession de dettes. Mme BOUGEROL-PRUD'HOMME affirme que l'attendu commenté procède en réalité d'une confusion entre la question du transfert des dettes et celle de l'opposabilité de l'exception de compensation. Or, c'est une chose de permettre à la caution cédée de se prévaloir de l'exception de compensation de dettes connexes et donc de refuser de payer le cessionnaire en invoquant une créance connexe qu'elle détiendrait contre le cédant, c'en est une autre de constituer le cessionnaire personnellement débiteur de cette créance. L'opposabilité de l'exception de compensation ne suppose aucune condamnation du cessionnaire à payer, *stricto sensu*, le cédé, et ne permet nullement la poursuite de ce paiement sur l'ensemble de son patrimoine.

pas de les qualifier d'accessoires¹⁹⁵¹. C'est le cas, par exemple, de la garantie autonome¹⁹⁵² et du cautionnement omnibus¹⁹⁵³ pour lesquels l'influence de l'*intuitu personae* justifie l'absence de transmissibilité automatique de ce type de sûretés¹⁹⁵⁴. En outre, la cession ne transfère pas les privilèges et les exonérations concédés au créancier original en raison précisément de leur caractère personnel, par exemple la suspension de la prescription en cas de minorité¹⁹⁵⁵. Dans tous les cas, les parties peuvent exclure, en usant de leur liberté contractuelle, le transfert d'un accessoire¹⁹⁵⁶.

¹⁹⁵¹ Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, *op. cit.*, n° 332, p. 198-199. On peut toutefois observer une autre tendance au sein de certains instruments européens dans lesquels l'intransmissibilité de ces éléments est justifiée par leur prétendu caractère non accessoire. Par exemple, dans les commentaires à l'article 11:201 aux Principes du droit européen du contrat, les commentateurs affirment qu'il existe des droits destinés à garantir l'exécution n'ayant pas un caractère accessoire, tels que la garantie autonome ou les lettres de crédit *stand by*.

¹⁹⁵² En ce qui concerne le droit français, l'article 2287-1 qualifie expressément la garantie autonome de sûreté personnelle. Cependant, l'article 2321, alinéa 4 du Code civil dispose que « *sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie* ». En ce qui concerne le droit colombien, il n'existe pas de règle spécifique à ce propos. Cependant, cette garantie est utilisée en pratique en droit bancaire. Les dispositions qui s'appliquent sont les Règles uniformes de la Chambre de Commerce Internationale relatives aux garanties sur demande (RUGD). Ainsi, la garantie n'est transférable que si une telle possibilité a été stipulée expressément (voir art. 33 (a) de la Révision 2010 – ICC publ. no 758 – valable dès le 1^{er} juillet 2010) : M.-E. CAMACHO, « El contrato de *forfaiting* como estímulo a la exportación », *Revista e-mercatoria*, Universidad Externado de Colombia, vol. 12, n° 1, 2013,

<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emercar/article/view/3513/3618#nu39> (consulté le 13 septembre 2016).

¹⁹⁵³ Les développements relatifs à la transmission du cautionnement indéterminé ou *omnibus* sont beaucoup plus importants en droit français qu'en droit colombien. S'agissant du droit français, la règle est que la cession de créance n'entraîne pas extinction de la garantie donnée par la caution car le changement de créancier est, en principe, indifférent à la caution. Cependant, la jurisprudence et la doctrine admettent que ce n'est pas le cas dans l'hypothèse d'un cautionnement portant sur un montant indéterminé (cautionnement omnibus ou cautionnement du solde d'un compte courant) dont l'étendue dépend des rapports entre le créancier et le débiteur. Dans une telle hypothèse, si la caution est tenue de l'obligation de règlement (obligation de payer les dettes nées avant le changement), le changement de créancier met fin à l'obligation de couverture (obligation de payer les dettes à venir) : Cass. com., 20 janv. 1987, n° 85-14035. D'une manière générale à propos des conséquences du changement de créancier à l'égard du cautionnement : D. HOUTCIEFF, « Contribution à l'étude de l'*intuitu personae* », *RTD civ.* 2003, spéc. n° 26 : « *Pas plus qu'il ne faut exclure la considération du créancier du contrat de cautionnement, il ne conviendrait de lui conférer une trop vaste ampleur. Ainsi doit-on conserver aux impératifs de la sécurité juridique leur domaine : seul le contrat déterminé par référence aux parties à l'obligation principale est nécessairement conclu « intuitu personae », les autres types de cautionnement ne le sont que par accident* ». En ce qui concerne le droit colombien : C. MANRIQUE NIETO, « Contratos de garantía », *Est. Socio-jurid.*, Bogotá, Colombia, 7 (1), enero-junio 2005, spéc. p. 205 où l'auteur souligne que l'article 1964 du Code civil dispose que la cession d'une créance comprend ses cautionnements, ses privilèges et ses hypothèques, sans distinguer entre les garanties spécifiques et celles dites ouvertes. Pour cette raison, l'auteur considère que les garanties ouvertes se transmettent aussi avec la cession.

¹⁹⁵⁴ Ph. SIMLER, *Traité, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, 5^e éd., LexisNexis, 2015, n° 921, p. 938-939.

¹⁹⁵⁵ Voir en ce sens la doctrine colombienne qui affirme que c'est précisément le sens à donner à l'expression « exceptions personnelles du cédant » utilisée par le législateur colombien à l'article 1964 du Code civil : F.-A. Castillo Mayorga, « La cesión de crédito », art. préc., p. 426 ; H.-D. VELASQUEZ GOMEZ, *Estudio sobre obligaciones*, *op. cit.*, n° 546, p. 1029 ; F. VELEZ, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, t. VII, *op. cit.*, n°s 445 et 446, p. 337-339. En droit français : J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1231, p. 2451 qui fait référence à l'intransmissibilité des faveurs personnelles reconnues en bénéfice du créancier, telle la prescription extinctive qui se trouve suspendue par la minorité du cédant et qui ne sera pas suspendue au bénéfice du cessionnaire ; F. LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse préc., n° 486, p. 419 : « *De tels droits reconnus à un créancier demeurent principalement attachés à sa personne, plutôt qu'à sa créance. Aussi, les désigne-t-on sous le nom de prérogatives purement personnelles au créancier. À la différence des prérogatives attachées à la créance, les prérogatives purement personnelles ne se transmettent pas. Les considérations présidant à leur octroi demeurent étrangères au titre de la créance transmise. Aussi, l'ayant cause ne profite-t-il pas des prérogatives purement personnelles conférées par une qualité propre à l'auteur, bien qu'elles ne bénéficient pas à l'auteur* ». Voir également l'alinéa 7 de l'article 122 du projet de Code européen de l'Académie de Pavie (projet Gandolfi) où il est précisé que « *La cession de créance détermine, sauf convention contraire, le transfert de tous ses accessoires, à l'exception de ceux possédant un caractère strictement personnel* ».

¹⁹⁵⁶ M. CABRILLAC, « Les accessoires de la créance », art. préc., p. 111 qui exclut de la notion d'accessoire de la créance toute prérogative intransmissible, attachée à la personne même du créancier ou à sa qualité, ou exclue de la transmission par la volonté des parties ; Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, *op. cit.*, n° 621, p. 377 : « *D'une manière générale, puisque les parties sont libres de constituer un accessoire pour la garantie de la créance, rien n'interdit, a fortiori, de décider que la garantie ne suivra pas le sort de la créance en cas de transmission. L'article 1134 du Code civil doit recevoir sa pleine application* ».

695. Il est intéressant de se pencher, pour finir, sur le cas de la cession à titre de garantie. Plus précisément, la question se pose de savoir si, lorsque la créance cédée est d'un montant supérieur à celui de la créance garantie, le cessionnaire peut ou non demander au débiteur de la créance cédée le montant total de ladite créance. Le doute est permis en raison de la finalité de garantie poursuivie par le transfert. On pourrait penser que le cessionnaire ne saurait exiger du débiteur que le montant de la créance garantie. Cependant, en raison de la nature translatrice de la cession, le cessionnaire devient le titulaire du montant total de la créance cédée, et cela indépendamment du caractère temporaire du transfert¹⁹⁵⁷ et de l'obligation de restitution qui pèse sur lui¹⁹⁵⁸. Cette solution est admise en droit français comme en droit colombien.

Il est vrai qu'en droit français, la jurisprudence a été hésitante¹⁹⁵⁹. Cependant, celle-ci admet aujourd'hui, en matière de cession Dailly, que le cessionnaire peut exiger du débiteur de la créance cédée le montant total de la créance¹⁹⁶⁰, indépendamment du fait que celui-ci soit supérieur à la créance garantie, et de l'obligation de restitution pesant sur lui. C'est pour cette raison, par exemple, que les règlements effectués par le débiteur entre les mains du cessionnaire avant l'ouverture de la procédure collective du cédant restent acquis au cessionnaire tant que les créances garanties ne sont pas payées. L'éventuel excédent ne sera restitué qu'après le paiement par le cédant de la créance garantie¹⁹⁶¹. De plus, la jurisprudence admet que le cédant ne sera à nouveau investi de la titularité de la créance cédée

¹⁹⁵⁷ V. *infra* n° 697 s.

¹⁹⁵⁸ V. *infra* n° 733 s.

¹⁹⁵⁹ En effet, la jurisprudence a pu affirmer que, dans le cadre d'une cession Dailly, le débiteur cédé était tenu de régler à la banque cessionnaire non pas le montant total de la créance mais seulement la somme correspondant au montant admis de la créance de la banque au passif du cédant, ce qui laisse entendre que la cession à titre de garantie n'emporte pas le transfert total de la créance : Cass. com. 9 février 2010, n° 09-10119, *Bull.* IV, 2010, n° 34 ; A. CERLES, « Dénouement de la cession Dailly à titre de garantie », *RDBF*, n° 3, mai 2010, comm. 95 : « *En effet, si on suit la Cour, on comprend qu'un débiteur cédé, en dépit de la notification reçue, pourra se trouver dans la situation d'avoir à ventiler ses paiements et de décider du montant de la quote-part de la créance cédée qu'il doit payer entre les mains de la banque puis à verser le surplus de ce qu'il doit au cédant. Si cette analyse se révélait exacte, la solution dégagée par la Cour serait dangereuse pour le débiteur cédé puisqu'il pourrait se trouver tenu de payer deux fois au cas où il se serait libéré entre les mains du cédant de sommes qui auraient dû revenir à la banque. Elle serait également de nature à affaiblir considérablement les cessions Dailly puisque la banque cessionnaire serait ainsi « à la merci » du débiteur cédé, cette solution pouvant au surplus se révéler inapplicable au cas de pluralité de débiteurs cédés.* »

¹⁹⁶⁰ Cass.com. 30 juin 2015, n° 14-13784 ; Cass. com. 18 nov. 2014, n° 13-13336 ; D. BERT, « Cession Dailly à titre de garantie : seul le cessionnaire peut réclamer au débiteur le paiement total de la créance cédée », *AJCA* 2015. 127 ; *RDC* 2015, n° 3, p. 516 et s. obs. M. Julienne ; Cass. com. 3 nov. 2010, n° 09-69870 ; *RTD com.* 2011, p. 393, obs. D. Legeais où l'auteur signale que la Cour admet qu'une créance cédée à titre de garantie peut toujours excéder le montant de la créance garantie. Autre chose est de déterminer si, à partir de l'attitude du cessionnaire, il est possible ou non d'établir sa volonté de renoncer à une partie de la créance cédée ; celle qui excède le montant de la créance garantie ; Cass. com. 22 nov. 2005, n° 03-15669, *RTD com.* 2006, p. 170 obs. D. Legeais ; *RDBF*, 2006, comm. 16 obs. A. CERLES. Cette solution est confirmée par d'autres arrêts dans lesquels la Cour affirme que la cession de créance à titre de garantie prend fin lorsque son bénéficiaire n'a plus de créance à faire valoir et décide qu'en pareil cas le cédant peut retrouver la propriété de la créance cédée sans formalité particulière : Cass. civ. 1^{re}, 19 sept. 2007, *RDBF*, 2007. Com. 209, obs. F.J. Crédot et Th. Jamin. C'est pourquoi certains auteurs affirment qu'« une cession de créance professionnelle à titre de garantie attribue au cessionnaire un droit exclusif sur cette créance afin de garantir le recouvrement du concours consenti » : D. LEGEAIS, *Traité, Opérations de crédit, op. cit.*, n° 881, p. 488.

¹⁹⁶¹ Comme le précisent certains auteurs, une telle solution s'explique par la nature particulière de la cession Dailly et par sa différence avec la cession-escompte. En effet, dans le cas de la cession Dailly, le cessionnaire a vocation à être payé par le cédant, alors que dans l'hypothèse de la cession-escompte, il a vocation à être payé par le débiteur de la créance cédée : S. MOREIL, « Des précisions quant au régime de la cession de créances professionnelles à titre de garantie », *Gaz. Pal.* 2015, n° 314, p. 27.

qu'après le remboursement total de la créance garantie ou en cas de renonciation du cessionnaire à tout ou partie de la créance cédée¹⁹⁶², une position qui montre bien le caractère étendu du transfert¹⁹⁶³.

Concernant le droit colombien, malgré l'absence de disposition expresse reconnaissant le transfert du montant total de la créance garantie, la solution est à chercher dans l'alinéa 1^{er} de l'article 60 de la loi n° 1676 de 2013 relative au paiement direct. Selon cette disposition, même si le créancier a la possibilité de se payer sur les biens donnés en garantie, il est tenu de restituer au débiteur ou au constituant la soulte ou l'excédent lorsque le montant des biens donnés en garantie est supérieur à celui de la créance garantie¹⁹⁶⁴. Une telle obligation de restitution montre que le montant total de la créance cédée à titre de garantie a été transféré au créancier¹⁹⁶⁵.

696. Outre ses caractères solennel et étendu, le transfert opéré par la cession de créance peut être définitif ou temporaire. Aussi est-il permis de soutenir que ce transfert se distingue par une certaine flexibilité.

C- Le caractère flexible du transfert

697. Tant le droit français que le droit colombien permettent la réalisation d'une cession à titre de garantie. Le droit commun français, cependant, se montre hostile à cette possibilité. Rappelons que la Haute juridiction s'est prononcée, à deux reprises, contre la cession à titre de garantie en dehors des cas expressément consacrés par le législateur¹⁹⁶⁶. Le silence des rédacteurs de l'ordonnance du 10

¹⁹⁶² Cass. com. 18 nov.2014, n° 13-13336 où la Cour affirme qu' « En cas de cession à titre de garantie d'une créance professionnelle selon les modalités prévues par les articles L. 313-23 et suivants du code monétaire et financier, seul le cessionnaire peut réclamer au débiteur le paiement total de la créance cédée, même lorsque son montant excède celui de la créance garantie, le cédant ne retrouvant ses droits à agir qu'après le remboursement intégral de la dette garantie ou la renonciation du cessionnaire à tout ou partie de la créance cédée ». Comme le soulignent certains auteurs, une telle décision s'explique par la fonction de garantie de la cession de créance et son rapprochement avec le mécanisme des transferts fiduciaires. En effet, comme il est précisé par un auteur, le fait que la Cour admette que, sauf clause contraire, le cédant perd le droit d'agir sur toute la créance cédée et pas seulement jusqu'à hauteur de la dette garantie, revient à ancrer la cession à titre de garantie dans la catégorie des sûretés par cession fiduciaire : H. BARBIER, « Des pièges de la cession de créance pour le cessionnaire, le cédant et le cédé », art. préc.

¹⁹⁶³ Cependant, en raison du caractère spécial de la propriété fiduciaire, le bénéficiaire d'une cession à titre de garantie ne peut percevoir les intérêts de la créance cédée qu'à charge de les imputer sur le montant de la dette garantie : Cass. com. 8 janv. 1991, *Bull. civ.* IV, n° 8 ; *RTD civ.* 1991, p. 368, obs. M. Bandrac ; *RTD com.* 1991, p. 271, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

¹⁹⁶⁴ L'article 60 dispose : « Paiement direct. Le créancier pourra satisfaire son crédit directement avec les biens donnés en garantie par la valeur de l'expertise qui se réalisera conformément à ce qui est prévu à l'alinéa 3° du présent article lorsque cela a été stipulé par accord des parties ou lorsque le créancier garanti ait la possession de la chose donnée en garantie.

Paragraphe 1. Si la valeur du bien excède le montant de l'obligation garantie, le créancier devra rendre la soulte correspondante, déduits les frais et les coûts, à d'autres créanciers inscrits, au débiteur, ou au propriétaire du bien dans le cas où il s'agit d'une personne différente du débiteur (...). En outre, l'idée selon laquelle la créance cédée à titre de garantie peut être d'un montant supérieur à celui de la créance garantie est confortée par l'alinéa de l'article 28 de la loi sur les garanties mobilières dans la mesure où le législateur dispose que « Si au moment de la notification de la cession au débiteur de la créance cédée existe une soulte en faveur du cédant, le débiteur devra, dans tous les cas, payer entre les mains du cessionnaire ». De manière générale, cette obligation de restitution se justifie par l'impossibilité pour le cessionnaire de s'enrichir en raison de la garantie : M. -E. CAMACHO-LOPEZ, « La cesión de créditos en garantía, de acuerdo con la Ley 1676 de 2013 », art. préc., n° 19, p. 173.

¹⁹⁶⁵ Sauf, bien évidemment, l'hypothèse d'une cession partielle de la créance.

¹⁹⁶⁶ Par un premier arrêt en 2006, la chambre commerciale de la Cour de cassation a soutenu qu'en dehors des cas expressément prévus par la loi, la cession de créance à titre de garantie devrait être requalifiée en nantissement de créance en condamnant ainsi la possibilité de céder une créance en garantie dans le cadre du droit commun : Cass. com., 19 déc. 2006,

février 2016 à ce sujet semble conforter cette solution¹⁹⁶⁷. Cependant, la cession de créance à titre de garantie peut être réalisée dans le cadre de la cession fiduciaire du Code civil¹⁹⁶⁸ et de la cession Dailly¹⁹⁶⁹. Quant au droit colombien, la récente consécration de la cession de créance à titre de garantie ne laisse aucun doute quant à la validité d'une telle opération¹⁹⁷⁰.

698. Même s'il ne s'agit pas de la règle, la possibilité de réaliser une cession à titre de garantie conduit à reconnaître que la cession peut opérer un transfert temporaire de créance¹⁹⁷¹. Le plus souvent, la cession réalise un transfert définitif ; c'est le cas des cessions à titre de vente ou de donation, par exemple. Le transfert est dans ces cas la finalité ultime de l'opération. En revanche, lorsque l'objectif des parties n'est pas le transfert lui-même mais la constitution d'une sûreté afin de protéger le créancier contre la défaillance de son débiteur, un tel transfert ne peut être que temporaire¹⁹⁷² : le cédant a vocation à retrouver la propriété de la créance cédée, soit en cas d'extinction de la créance garantie, soit en cas de renonciation du cessionnaire à la garantie. Le fait que le cessionnaire puisse acquérir définitivement la créance dans le cas où le cédant ne paye pas la dette garantie ne remet pas en question le caractère temporaire, par essence, de la cession de créance à titre de garantie¹⁹⁷³. C'est

Bull. civ. IV, n° 250 ; *D.* 2007, Jur. 344, note Ch. Larroumet ; *RTD civ.* 2007. 160, obs. Crocq ; *RTD com.* 2007. 217, obs. D. Legeais. Cette position a été réitérée par un arrêt en 2010 : Cass. com. 26 mai 2010, *RLDC*, juillet-août 2010, p. 38 s., obs. J.-J. Ansault ; *RTD com.* 2010, 595, obs. D. Legeais ; *RTD civ.* 2010, 597, obs. P. Crocq. Voir les critiques contre cette position : Ch. LARROUMET, « La cession de créance de droit commun à titre de garantie », *D.* 2007, 344.

¹⁹⁶⁷ V. *supra* n° 283. Rapp. Ch. GIJSBERS, « Le nouveau visage de la cession de créance », art. préc., p. 49 : « Faute d'une précision similaire dans le texte définitif, il nous paraîtrait aventureux de prétendre que le législateur a entendu valider l'usage de la cession de droit commun dans une finalité de sûreté » ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 861, p. 737-738.

¹⁹⁶⁸ La cession fiduciaire de créance est encadrée par l'article 2018-2 du Code civil. Voir d'une manière générale à propos de la cession fiduciaire de créance : Ph. VAN STEENLANDT, *La généralisation de la cession fiduciaire de créance, op.cit.*

¹⁹⁶⁹ L'article L. 313-24 du Code monétaire et financier dispose, en termes généraux, que la cession de créance réalisée dans le cadre de la loi Dailly transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée, même si elle est faite à titre de garantie et sans stipulation d'un prix.

¹⁹⁷⁰ Voir la loi 1676 du 20 août 2013 sur les garanties mobilières.

¹⁹⁷¹ Cette question dépassant largement le cadre de notre recherche, nous ne traiterons pas du débat relatif à la véritable nature juridique de la « propriété » dite fiduciaire. Voir à propos de ce débat : M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois*. 1991, 1^{re} part. art. 35085, p. 897 s ; R. LIBCHABER, « Une fiducie française, inutile et incertaine », *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie, Liber amicorum, Deffrénois*, 2005, p. 303 et s.

¹⁹⁷² D. LEGEAIS, *Traité, Opérations de crédit, op. cit.*, n° 880, p. 486 qui souligne que la cession de créance à titre de garantie implique la restitution du droit cédé au cas où la créance garantie viendrait à être payée. L'éventualité de la restitution de la créance au cédant reste subordonnée à l'épuisement de l'objet de la garantie consentie. La jurisprudence française a eu l'occasion de rappeler le caractère temporaire du transfert : Cass. com. 22 nov. 2005, *Bull. civ.* IV, n° 230, *RTD com.* 2006, 169, obs. D. Legeais ; *Deffrénois* 2006, art. 38365, n° 26, obs. E. Savaux.

¹⁹⁷³ Ph. VAN STEENLANDT, *La généralisation de la cession fiduciaire de créance, op.cit.*, n° 64, p. 52 : « Lorsque l'échéance de la créance cédée est postérieure à celle de la créance garantie, le dénouement de l'opération dépend de l'attitude du cédant : s'il s'acquitte ponctuellement de sa dette originaire envers le cessionnaire, celui-ci devra lui rétrocéder la créance transférée, la garantie n'ayant plus lieu d'exister puisque le créancier a été satisfait ; si le cédant est défaillant, le cessionnaire pourra activer sa garantie en réclamant le paiement de ce qui lui est dû au débiteur cédé lors de l'exigibilité de la dette de ce dernier, ou, en la transférant avant à un tiers, à titre de vente cette fois » et l'auteur souligne plus loin : « La réintégration du cédant dans ses droits est de l'essence même du mécanisme et aucune stipulation particulière la prévoyant n'est nécessaire pour qu'elle ait lieu que ce soit dans le contrat constitutif ou ultérieurement lors de l'extinction de la créance garantie » (n° 336, p. 244).

précisément en raison du caractère temporaire ou provisoire du transfert que de nombreuses questions se posent sur le principe et la mise en œuvre de la rétrocession de la créance¹⁹⁷⁴.

699. On peut donc conclure que la nature translatrice de la cession n'est remise en cause ni en droit français ni en droit colombien. Par ailleurs, le transfert présente les mêmes particularités dans les deux systèmes juridiques, révélant la spécificité de la cession de créance par rapport aux autres contrats translatifs. Ainsi, si le caractère étendu du transfert n'est pas exclusif de la cession -le transfert du principal et de l'accessoire est la règle en matière d'actes translatifs -, il n'en va pas de même quant au caractère variable du transfert. En effet, si la cession peut être temporaire ou définitive selon qu'elle est réalisée aux fins de sûreté ou non, la raison de cette variabilité est à rechercher dans la nature polyvalente de la cession.

Malgré des similitudes, le transfert n'opère pas nécessairement de la même manière dans les deux systèmes juridiques. Il est vrai que tant en droit français qu'en droit colombien, le transfert est solennel. Si ce n'était pas le cas sous l'ancienne législation française, l'ordonnance du 10 février 2016 a consacré la nécessité d'un écrit pour que le transfert puisse avoir lieu. En droit colombien, le caractère solennel s'explique par le fait que la remise de titre avec certaines mentions obligatoires est nécessaire pour que le transfert se produise. Néanmoins, si en droit français le transfert est concomitant à la conclusion du contrat, il n'en va pas de même en droit colombien ; ce dernier distinguant clairement entre la formation du contrat translatif et son exécution.

Indépendamment des différences et des ressemblances évoquées, le caractère translatif de la cession justifie que le cédant soit tenu de garantir le cessionnaire contre l'éviction, cela afin de renforcer la position de celui-ci. Cependant, cette garantie est limitée en raison de la particularité du bien objet de la cession : la créance.

§2- La garantie due par le cédant et ses limites

700. Si la cession permet de réaliser de nombreuses opérations juridiques, comme la vente, la donation, l'apport en société, ou même la constitution d'une sûreté¹⁹⁷⁵, le cédant n'est tenu d'une obligation de garantie que dans le cas d'une cession à titre onéreux moyennant un prix. Dans cette dernière hypothèse, la garantie due par le cédant est doublement limitée : quant à son domaine (A) et quant à sa portée (B).

¹⁹⁷⁴ V. *infra* n° 734.

¹⁹⁷⁵ En ce qui concerne le droit français, une telle possibilité est restreinte aux hypothèses consacrées expressément par le législateur.

A- Le domaine de la garantie : une cession à titre onéreux moyennant un prix

701. D'après les règles du droit commun, le cédant est tenu d'une garantie contre l'éviction du cessionnaire, mais seulement dans le cas où la cession se réalise à titre onéreux et comporte un prix. Cette limite tenant au caractère onéreux est expressément consacrée par les textes. La limite résultant de l'exigence d'un prix peut, quant à elle, être déduite de la règle selon laquelle le cédant répond jusqu'à concurrence du prix qu'il a retiré de la cession. S'agissant du droit français, précisons que s'il s'agissait de la solution retenue sous l'ancienne législation¹⁹⁷⁶, il en est toujours de même avec la réforme de 2016¹⁹⁷⁷. Pour ce qui est du droit colombien, l'article 1965 du Code civil¹⁹⁷⁸ et les dispositions générales relatives à la garantie du vendeur règlent la question¹⁹⁷⁹.

702. La consécration de cette garantie s'explique par l'identification de la cession, sous l'ancienne législation française, au contrat de vente¹⁹⁸⁰. En concevant la cession comme un acte polyvalent¹⁹⁸¹, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont dû préciser, au nouvel article 1326 du Code civil, que la garantie est due seulement dans le cas d'une cession à titre onéreux. Cette analyse est confortée par le droit colombien où les rédacteurs du Code civil, n'ayant pas identifié la cession au contrat de vente, ont dû également préciser que la garantie n'avait lieu d'être que pour la cession à titre onéreux.

703. Cependant, il existe deux hypothèses consacrées au nouvel article 1326 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 dans lesquelles, en dépit du caractère onéreux de la cession et de la stipulation d'un prix, la garantie est par principe exclue : dans la première, le cessionnaire acquiert la créance « *à ses risques et périls* » ; la seconde concerne l'acquisition par le cessionnaire, en connaissance de cause, d'une créance incertaine¹⁹⁸². En d'autres termes, le cédant n'est tenu de garantir que dans l'hypothèse d'une cession à titre onéreux et commutatif¹⁹⁸³.

¹⁹⁷⁶ Voir les articles 1693 et 1694 du Code civil qui restent en vigueur mais leur application est limitée à la vente d'un droit incorporel outre le droit de créance.

¹⁹⁷⁷ Voir l'article 1326 de l'ordonnance du 10 février 2016.

¹⁹⁷⁸ L'article 1965 du Code civil dispose : « *Celui qui cède une créance à titre onéreux répond de son existence au temps de la cession, c'est-à-dire, que la créance lui appartenait véritablement en ce moment là ; mais il répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé ; mais même lorsqu'il a promis la garantie de la solvabilité du débiteur, cette promesse ne s'entend que de la solvabilité actuelle, sauf s'il a été expressément stipulée la responsabilité pour la solvabilité future ; mais la responsabilité ne s'étendra que jusqu'à concurrence du prix ou du montant qu'il a retiré de la cession, sauf lorsque le cédant ait expressément stipulé le contraire* ».

¹⁹⁷⁹ Voir notamment l'article 1909 du Code civil.

¹⁹⁸⁰ J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 499, p. 482 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 874, p. 747. La doctrine étrangère souligne que c'est précisément en matière de garantie légale qu'on peut constater une analogie avec la vente : D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 3185, p. 2008.

¹⁹⁸¹ v. *supra* n° 263 et s.

¹⁹⁸² Cela peut-être le cas de la cession ayant pour objet une créance future ou une créance litigieuse.

¹⁹⁸³ M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IX), *LPA*, 26 avril 2016, art. préc., spéc. art. 1326. La distinction entre le contrat commutatif et aléatoire est prévue au nouvel article 1108 issu de l'ordonnance du 10 février 2016. Ce texte consacre

704. Des conclusions semblables pouvaient être tirées de l'ancienne législation. Lorsque le cessionnaire avait acquis une créance à « *ses risques et périls* », on pouvait recourir à l'article 1629 du Code civil français relatif à la garantie d'éviction en matière de vente¹⁹⁸⁴. Preuve en est, certains commentateurs des nouvelles règles expliquent que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 n'ont fait que transposer les termes de l'article 1629 à la cession¹⁹⁸⁵. Quant à l'acquisition d'une créance incertaine, il était nécessaire de tenir compte des termes de l'accord souscrit par les parties. Si celles-ci avaient entendu conclure un contrat aléatoire, le cédant ne devait pas de garantie -l'aléa chasse la garantie- et l'article 1629 du Code civil s'appliquait. En revanche, si les parties avaient entendu conclure un contrat commutatif malgré le caractère incertain de la créance, le cédant était tenu de garantir contre l'éviction dans les cas où la créance ne venait pas à « exister »¹⁹⁸⁶ à la date prévue dans le contrat.

Il n'en demeure pas moins que la consécration légale de l'exclusion de la garantie dans les deux hypothèses mentionnées est à saluer. Elle permet en effet de lever les doutes persistants sur ce point. En outre, l'article 1326 a le mérite de conforter la possibilité de céder une créance dite « éventuelle »¹⁹⁸⁷ : en excluant la garantie du cédant dans le cas d'une cession ayant pour objet une créance incertaine, le législateur reconnaît la validité d'une telle cession¹⁹⁸⁸.

705. À la différence du droit français issu de l'ordonnance du 10 février 2016, le droit colombien ne comporte aucune disposition générale relative à la garantie du cédant dans l'hypothèse d'une cession conclue aux « *risques et périls* » du cessionnaire. Il en est de même quant à la cession ayant pour objet une créance incertaine. Cependant, les mêmes conclusions s'imposent au regard des dispositions relatives à la cession d'une créance litigieuse et au contrat de vente. En effet, l'article 1969 du Code civil dispose que le cédant d'un droit litigieux n'est pas responsable de l'issue du procès, tandis que l'alinéa 3 de l'article 1909 énonce que la garantie pour éviction n'a pas lieu à s'appliquer lorsque l'acheteur acquiert la chose en sachant qu'elle appartient à autrui, ou en assumant, par une clause expresse, le risque d'éviction. Il conviendrait également de tenir compte de l'article 1869 du

à peu près les anciennes dispositions prévues aux articles 1104 et 1964 du Code civil ; L. ANDREU et N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, op. cit., n° 2099, p. 702.

¹⁹⁸⁴ L'article 1629 du Code civil dispose que « *Dans le même cas de stipulation de non-garantie, le vendeur, en cas d'éviction, est tenu à la restitution du prix, à moins que l'acquéreur n'ait connu lors de la vente le danger de l'éviction ou qu'il n'ait acheté à ses périls et risques* ».

¹⁹⁸⁵ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 875, p. 747-748.

¹⁹⁸⁶ Nous gardons ici le terme « existence » par commodité de langage. Cependant, il serait mieux de faire référence, conformément à notre analyse des créances pouvant faire l'objet d'une cession, de la date de constitution apparente de la créance : V. *supra* n° 614 s., 664.

¹⁹⁸⁷ V. *supra* n° 609 et s.

¹⁹⁸⁸ Ch. GIJSBERS, « Le nouveau visage de la cession de créance », art. préc. spéc. p. 50 : « *Ajoutons qu'il importe peu dans ces différentes hypothèses que la créance soit hypothétique et puisse ne jamais voir le jour dès lors que le cessionnaire a conscience de cet aléa. C'est ce qui indique désormais très clairement le nouvel article 1326 au sujet de la garantie due par le cédant* ».

Code civil relatif à la vente d'une chose future aux termes duquel « *La vente d'une chose qui n'existe pas mais dont on attend son existence s'entendra réalisée à la condition d'exister sauf clause contraire ou si, en raison de la nature du contrat, il apparaît qu'on a acheté le hasard* ».

Dès lors, dans le cas par exemple d'une cession de créance future, il est indispensable de déterminer si les parties ont entendu conclure un contrat commutatif ou non. Dans le premier cas, le cédant sera tenu de la garantie si la créance ne vient pas à « exister » à la date prévue dans le contrat. Dans le second cas, on devra conclure que le cessionnaire « achète le hasard » et, par conséquent, que l'on est en présence d'un contrat aléatoire. Le cédant ne sera alors pas tenu de la garantie¹⁹⁸⁹.

706. Bien que la garantie soit en principe limitée à la cession onéreuse moyennant un prix, il existe toutefois deux hypothèses dans lesquelles, malgré l'absence des deux conditions énoncées, le cédant est tenu d'une garantie.

La première est celle de la cession à titre de donation. En dépit de l'opinion majoritaire de la doctrine, tant en droit français¹⁹⁹⁰ qu'en droit colombien¹⁹⁹¹, nous considérons que nonobstant le caractère gratuit de la cession, le cédant reste tout de même tenu de son fait personnel¹⁹⁹².

La seconde est celle de la cession à titre de garantie. Les législateurs français et colombiens ont prévu certaines dispositions spéciales relatives à la garantie due par le cédant dans l'hypothèse de la cession aux fins de sûreté¹⁹⁹³. En droit français, l'alinéa 2 de l'article L. 313-24 du Code monétaire et financier consacre le principe selon lequel, sauf clause contraire, le cédant d'une créance à titre de garantie, dans le cadre de la cession Dailly, est garant solidaire du paiement des créances cédées à titre

¹⁹⁸⁹ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 875, p. 748 ;

¹⁹⁹⁰ V. de manière implicite : Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op. cit., n° 1423, p. 805 ; L. ANDREU et N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, op. cit., n° 2098, p. 702.

¹⁹⁹¹ C. GOMEZ ESTRADA, *De los principales contratos civiles*, op. cit., n° 139, p. 173. La doctrine invoque en faveur de cette thèse l'article 1479 du Code civil selon lequel : « *Le donataire d'une donation gratuite n'a pas d'action contre l'éviction, même si la donation a commencé par une promesse* » ; J.-A. BONIVENTO FERNANDEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, op. cit., n° 177, p. 372-373 où l'auteur souligne que la rédaction de l'article 1965 du Code civil précisant le degré de responsabilité du cédant à titre onéreux laisse entendre *contrario sensu*, que le législateur a voulu exclure la responsabilité de celui ayant cédé sa créance à titre gratuit.

¹⁹⁹² J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., op. cit., n° 500, p. 483, note 1 : « *A contrario, cette obligation de garantie ne pèse pas sur le cédant en cas de cession à titre gratuit. Toutefois, en vertu des règles applicables aux donations, si le donateur est exempté de la garantie du fait de tiers, il reste tenu de la garantie de son fait personnel. Mutatis mutandis, il devrait en aller de même en cas de cession de créance à titre de gratuit* » ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations, Théorie générale*, op. cit., n° 1273, p. 1293. Il est intéressant de noter que certains instruments européens, tels les Principes du droit européen du contrat (art. 11:204) reconnaissent la garantie en matière de cession à titre gratuit. Le principal argument réside dans la difficulté de distinguer la cession à titre onéreux de celle à titre gratuit. En faveur de cette position, nous pouvons citer certains auteurs classiques qui affirment par exemple que « *la garantie est la conséquence forcée de toutes les obligations qui soumettent le débiteur à la nécessité de procurer à un autre la transmission d'une chose ou d'un droit (dare)* » : T. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. II, op. cit., n° 479, p. 178 ; M. GRIMALDI (dir), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 2015/2016, n° 315.22. Rapp. M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, op. cit., n° 191, p. 123.

¹⁹⁹³ J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 3^e éd., op. cit., n° 396, p. 411, note 4 où l'auteur précisait qu'en matière de cession à titre de garantie, par exemple, le cessionnaire conserve, dans tous les cas, un recours contre le cédant sur le fondement de sa créance originaire contre lui.

de garantie¹⁹⁹⁴. En droit colombien, le législateur n'a fait que consacrer le régime de droit commun en énonçant que « *sauf pacte contraire, le garant ou cédant n'est pas garant de la solvabilité ni actuelle ni future du débiteur de la créance cédée ou donnée en garantie* »¹⁹⁹⁵. En d'autres termes, la règle est que le cédant ne garantit que l'existence de la créance¹⁹⁹⁶. Dans les domaines évoqués, le législateur a donc consacré une garantie spéciale.

707. Si la garantie due par le cédant au cessionnaire est limitée quant à son champ d'application, il en va de même quant à sa portée. En raison de la particularité du bien objet du transfert¹⁹⁹⁷, le cédant ne garantit que l'existence de la créance et de ses accessoires.

B- La portée de la garantie : l'existence de la créance et de ses accessoires

708. La règle selon laquelle le cédant garantit l'existence de la créance est admise en droit français comme en droit colombien. Celle-ci implique que le cédant garantit qu'il est créancier du cédé, que la créance est valable, qu'elle n'est pas éteinte et que le débiteur n'a pas d'exception à faire valoir¹⁹⁹⁸. En droit colombien, l'article 1965 du Code civil, disposant que le cédant est responsable du fait que la créance lui appartenait véritablement au moment de la cession, semble restrictif et pourrait laisser penser que la garantie ne concerne que l'hypothèse de l'existence objective d'une créance. Cependant, la doctrine majoritaire admet qu'une telle garantie a une signification plus large : le cédant doit répondre non seulement de l'existence objective de la créance cédée, mais également de sa validité, de son efficacité et du fait qu'il est effectivement titulaire de la créance¹⁹⁹⁹.

On voit donc qu'en matière de cession de créance, à la différence du principe qui règne dans la théorie générale des contrats, l'inexistence de la créance ne devrait pas donner lieu à la nullité de la cession pour défaut d'objet mais une garantie de l'existence de la créance s'impose²⁰⁰⁰. La

¹⁹⁹⁴ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, op. cit., n° 345, p. 377.

¹⁹⁹⁵ Voir article 25 de la loi 1676 du 20 août de 2013.

¹⁹⁹⁶ Cette disposition pose cependant de nombreuses interrogations dans la mesure où la cession est accordée sans la stipulation d'un prix. Par exemple, les auteurs se demandent si, comme conséquence de la mise en œuvre de la garantie pour le cessionnaire, le cédant serait tenu de payer le montant de la créance garantie ou, en revanche, le montant de la créance cédée : M.-E. CAMACHO-LOPEZ, « La cesión de créditos en garantía, de acuerdo con la Ley 1676 de 2013 », art. préc., p. 175.

¹⁹⁹⁷ H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations, Théorie générale*, op. cit., n° 1273, p. 1293 : « *Le législateur, en organisant la garantie dans la cession de créance, a tenu compte de l'esprit qui anime fréquemment les parties, et de l'aléa qui, dans une certaine mesure, confère un aspect particulier à cette opération* ».

¹⁹⁹⁸ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op. cit., n° 1423, p. 805 ; M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, op. cit., n° 190, p. 122.

¹⁹⁹⁹ M.-E. CAMACHO LÓPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, op. cit., p. 482 et s., spéc. p. 488 ; F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, op. cit., n° 327, p. 428-429 ; H. D. VELÁSQUEZ GÓMEZ, *Estudio sobre obligaciones*, op. cit., n° 547, p. 1030.

²⁰⁰⁰ Cela est reconnu expressément par certains auteurs en droit français : N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., art. 1326, p. 187 : « *L'appréciation de la condition relative à l'objet de la prestation promise par le cédant obéit cependant à une spécificité. De prime abord, l'inexistence de la créance cédée milite en faveur de l'annulation de l'opération. En matière de cession de créance, le code civil fait toutefois de l'existence de la créance l'objet d'une obligation de garantie mise à la charge du cédant [...] En somme, l'existence de la créance concerne surtout les effets de la cession* ». Contra F. ZENATI-CASTAING et Th.

particularité de la créance -bien incorporel -, justifie cette différence de traitement. Plus précisément, comme certains auteurs colombiens l'ont souligné, en raison de la difficulté pour le cessionnaire de vérifier l'existence effective de la créance, le législateur a considéré qu'il était opportun de lui accorder une protection spéciale par le biais d'une telle garantie²⁰⁰¹.

709. Outre l'existence de la créance elle-même, la garantie due par le cédant s'étend aux accessoires de celle-ci. Cela est admis tant en droit français qu'en droit colombien.

En droit français, l'article 1693 du Code civil dans sa rédaction originelle limitait la garantie à l'existence de la créance sans se prononcer sur ses accessoires. Cependant, l'extension de la garantie à ces derniers a été établie de longue date par la jurisprudence²⁰⁰² et la doctrine est allée dans le même sens²⁰⁰³. En outre, le nouvel article 1326 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 a consacré expressément cette règle²⁰⁰⁴. Pourtant, certains auteurs soulignent que si conformément à l'article 1693, selon sa rédaction originelle, le cédant devait garantir l'existence de la créance « *au temps du transport* », il n'en va pas de même sous la nouvelle législation : la garantie devrait s'étendre jusqu'au jour de la notification. Cette précision est pertinente car le débiteur peut effectivement opposer au cessionnaire toutes les exceptions nées de ses rapports personnels avec le cédant jusqu'à la notification²⁰⁰⁵.

En droit colombien, l'article 1965 du Code civil ne fait référence qu'à la garantie de l'existence de la créance²⁰⁰⁶. Le législateur en effet a gardé silence à propos des accessoires. Certains auteurs se montrent expressément défavorables à l'extension d'une telle garantie aux accessoires, sauf clause contraire²⁰⁰⁷. Cependant, la plupart des auteurs ne se prononcent pas à ce sujet.

REVET, *Cours de droit civil, Obligations, Régime, op. cit.*, n° 146, p. 263 : « *Le cédant garantit qu'il était bien créancier et que sa créance n'était pas éteinte au moment où il l'a cédée, faute de quoi, d'ailleurs, le contrat serait dépourvu d'objet, et serait, à ce titre, nul* ». Voir également *in fine* R. MENDEGRIS, *La nature juridique de la compensation, op. cit.*, n° 95, p. 129 ; A. COLLIN, « Du caractère volontaire du déclenchement de la compensation », *RTD civ.* 2010, n° 20, p. 239 qui considèrent que si l'on admettait le caractère automatique de la compensation, il faudrait reconnaître que la cession ayant pour objet une créance susceptible de compensation est nulle en raison de l'inexistence d'objet. La créance serait éteinte comme conséquence de la compensation qui aurait opérée à l'insu du cédant et du débiteur de la créance cédée

²⁰⁰¹ F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones, I, Concepto, estructura, vicisitudes, op. cit.*, n° 324, p. 426 ; M.-E. CAMACHO LÓPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno, op. cit.*, p. 483 et s., spéc. p. 489.

²⁰⁰² Cass. civ., 10 févr. 1857, *DP* 1857, 1, 87 ; Req., 28 mai 1873, *DP* 1873, 1, 407. C'est pourquoi la jurisprudence décide que l'inexistence des sûretés peut donner lieu à la résolution de la cession en application de l'ancien article 1184 du Code civil : Cass. civ. 1^e, 31 oct. 1962, *D.* 1963. 363, note Champaud.

²⁰⁰³ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Cours de droit civil, Obligations, Régime, op. cit.*, n° 146, p. 263 ; A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations, op. cit.*, n° 241, p. 309.

²⁰⁰⁴ L'article 1326 dispose : « *Celui qui cède une créance à titre onéreux garantit l'existence de la créance et de ses accessoires (...)* ».

²⁰⁰⁵ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 874, p. 747.

²⁰⁰⁶ C'est pourquoi les auteurs affirment que le système juridique colombien a maintenu le système juridique romain dans laquelle créancier avait l'obligation de garantir l'existence de la dette (*nomen verum*) mais non la solvabilité (*nomen bonum*) : A. TAMAYO LOMBANA, *Manual de obligaciones, op. cit.*, n° 295, p. 500-501 ; J.-A. BONIVENTO FERNANDEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales, op. cit.*, n° 177, p. 372-373.

²⁰⁰⁷ F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones, t. I. Concepto, estructura, vicisitudes, op. cit.*, n° 328, p. 430.

Indépendamment d'une disposition en ce sens, la garantie de l'existence des accessoires doit être approuvée : si la cession s'étend aux accessoires sans besoin de stipulation expresse, il est logique d'admettre que la garantie comprenne également les accessoires²⁰⁰⁸.

Malgré son extension aux accessoires, cette garantie, dite légale ou de droit²⁰⁰⁹, reste limitée car le cédant ne garantit pas la solvabilité du débiteur de la créance cédée²⁰¹⁰. Le caractère limité de la garantie est propre à de nombreux systèmes juridiques²⁰¹¹. Une question reste posée : que doit le cédant en cas d'éviction ?

710. En droit français, la doctrine est partagée. Certains auteurs paraissent favorables, en cas d'inexistence de la créance ou de ses accessoires²⁰¹², à ce que le cédant ne doive rembourser que le prix payé par le cessionnaire en contrepartie du transfert, de sorte que la garantie ne s'étendrait pas au montant nominal de la créance cédée²⁰¹³. L'un des principaux arguments invoqués en faveur de cette solution s'appuie sur l'article 1694 du Code civil aux termes duquel le cédant « *ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé, et jusqu'à concurrence du prix qu'il a reçu de la créance* »²⁰¹⁴. D'autres affirment que le cédant doit rembourser le prix payé en contrepartie du transfert, en plus d'éventuels dommages et intérêts²⁰¹⁵. D'aucuns admettent aussi que le cessionnaire devrait pouvoir obtenir, en application des règles générales relative à la garantie d'éviction en matière de vente, jusqu'au montant nominal de la créance en fonction des chances qu'il avait d'en obtenir le recouvrement²⁰¹⁶. Ces différentes interprétations se fondent sur les dispositions prévues à l'article 1693 du Code civil,

²⁰⁰⁸ Th. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. II, *op. cit.*, n° 485, p. 183 : « *La garantie s'étend virtuellement à l'existence de tous les accessoires devant être considérés comme compris dans la cession ; en d'autres termes, l'étendue de la cession donne la mesure de la garantie* » ; L. GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, t. II, *op. cit.*, n° 830, p. 370. Voir en ce sens un auteur colombien : F. VELEZ, *Estudio sobre el Derecho civil colombiano*, t. VII, *op. cit.*, n° 450, p. 341.

²⁰⁰⁹ En ce sens qu'une telle garantie existe en dehors de toute stipulation : Th. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. II, *op. cit.*, n° 480, p. 179 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, n° 368, p. 365, note 4 : « *La formule « quoiqu'il soit fait sans garantie » signifie seulement que la garantie est due en l'absence de stipulation des parties sur ce point* ».

²⁰¹⁰ Cette règle se justifierait par le caractère normalement spéculatif de la cession : J. GHESTIN, « *La transmission des obligations en droit positif français* », art. préc., n° 21, p. 19.

²⁰¹¹ K.- H. NEUMAYER, « *La transmission des obligations en droit comparé* », art. préc., p. 206-207 où l'auteur souligne que c'est le cas de la Hollande (art. 1570 BW), de l'Italie (art. 1266) de l'Allemagne (§ 437 BGB), de la Suisse (art. 171 CO) de la Grèce (art. 467 I C.c. hell), de la Pologne (art. 516, § 1er, C.c. pol) de la Louisiane (art. 2646, Civil code) et du Québec (art. 1575 C. c. québ).

²⁰¹² Dans le cas, par exemple, où le cédant n'est pas le véritable titulaire de la créance, ou lorsque la cession est rendue inefficace par quelque cause de nullité. De même, le cédant est responsable si le cessionnaire ne peut pas bénéficier de la créance en raison d'une cause d'extinction de celle-ci, telle une compensation.

²⁰¹³ Certains auteurs rendent compte de l'existence de cette position : Th. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. II, *op. cit.*, n° 492, p. 191.

²⁰¹⁴ Th. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. II, *op. cit.*, n° 493, p. 192 qui mentionne le recours à l'argument tiré de l'ancien article 1694 du Code civil pour limiter la garantie du cédant au prix qu'il a reçu pour la cession.

²⁰¹⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1231, p. 2451 ; J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 3^e éd., *op. cit.*, n° 396, p. 412 (L'auteur réaffirme sa position dans la nouvelle édition de son ouvrage (n° 500, p. 483) ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1292, p. 1340.

²⁰¹⁶ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, n° 368, p. 365.

conformément à sa rédaction originaires, et aux anciens articles 1694 et 1695 du même code avant la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016.

711. Malheureusement, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 n'ont apporté aucune précision à ce sujet, ce qui laisse présager de la persistance d'un débat sur l'étendue de la garantie du cédant en cas d'éviction. Il est probable que la disposition reprise par la réforme selon laquelle, en cas de garantie de solvabilité du débiteur, le cédant n'est tenu que jusqu'à concurrence du prix qu'il a pu retirer de la cession²⁰¹⁷, continuera d'être un argument en faveur d'une interprétation restrictive.

712. Pour ce qui est du droit colombien, la plupart des auteurs affirment que la garantie du cédant est restreinte au prix de la cession. La solution est donc similaire à celle défendue par la doctrine majoritaire française. Sans approfondir la question, on note que les auteurs semblent se fonder sur le fait que le législateur prend comme critère de détermination, en cas de stipulation de garantie de la solvabilité du débiteur, le prix payé par le cessionnaire²⁰¹⁸.

713. De notre point de vue, la garantie due par le cédant devrait comprendre la restitution du prix et les éventuels dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice subi du fait de l'éviction²⁰¹⁹ ; mais elle ne devrait pour autant pas s'étendre à la valeur nominale de la créance cédée. En effet, on doit tenir compte des règles de garantie dans le domaine de la vente selon lesquelles le vendeur n'est tenu de rembourser que le prix²⁰²⁰. En outre, la lecture des dispositions relatives à la garantie due par le cédant révèle que la tendance du législateur est à prendre en considération le prix payé par le cessionnaire et non la valeur nominale de la créance cédée²⁰²¹.

714. Mais si le législateur établit que la garantie ne concerne que l'existence de la créance et de ses accessoires, les parties peuvent restreindre ou étendre cette garantie. Quant à la restriction de

²⁰¹⁷ Voir en ce sens l'alinéa 2 de l'article 1326 issu de l'ordonnance du 10 février 2016.

²⁰¹⁸ J.-A. BONIVENTO FERNANDEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, op. cit., n° 177, p. 372-373.

²⁰¹⁹ Le cédant devrait donc être tenu de l'ensemble de tous les dommages résultant de l'inefficacité de la cession, et non pas seulement à concurrence du prix réel qu'il a perçu : Th. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. II, op. cit., n° 492, p. 190.

²⁰²⁰ Voir l'article 1630 du Code civil : L. GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, t. II, op. cit., n° 836, p. 374-375.

²⁰²¹ *Ibidem*. Voir en ce sens : J. LAURENT, *La propriété des droits*, op. cit., n° 468, p. 368 : « La meilleure solution nous semble d'appliquer, ici encore, le régime commun de la vente. Si l'acquéreur a été évincé, il peut demander la restitution du prix (et non du montant nominal) sauf s'il a acquis en connaissant le risque d'éviction (art. 1629 du C. civ.) Si la créance est atteinte d'un vice la rendant impropre à l'usage, c'est la garantie des vices cachés qui trouve à s'appliquer et, par conséquent, l'action réhibitoire prévue à l'article 1644 du Code civil. Le cessionnaire pourra donc éventuellement récupérer le prix de la cession, augmenté d'éventuels dommages et intérêts si le cédant était de mauvaise foi (cf. art. 1646 du C. civ.) ».

la garantie, le droit français et le droit colombien retiennent presque les mêmes solutions. En revanche, le droit colombien se montre plus permissif que le droit français quant à l'extension de la garantie.

715. Concernant la restriction de la garantie, il est admis par exemple que les parties peuvent stipuler que le cédant ne garantira pas l'existence des accessoires²⁰²². La question reste de savoir si les parties peuvent, en vertu de la liberté contractuelle, exclure totalement la garantie légale ou de droit. Une réponse négative s'impose. Il est vrai qu'il n'existe aucune disposition de droit commun, ni en droit français ni en droit colombien, répondant directement à cette interrogation, mais l'application des règles relatives à la vente permet d'aboutir à cette conclusion²⁰²³.

En droit français, l'article 1628 du Code civil dispose qu'indépendamment de la clause de non-garantie, le vendeur demeure tenu de la garantie résultant d'un fait qui lui est personnel : toute convention contraire est nulle²⁰²⁴. Toutefois, même si l'éviction ne résulte pas d'un fait personnel du cédant, la stipulation de non-garantie ne prive le cessionnaire que de dommages et intérêts ; le cédant reste tenu, dans tous les cas (à l'exception du contrat aléatoire), de restituer le prix.

En droit colombien, les mêmes solutions s'imposent en application des articles 1898 et 1909 du Code civil relatifs au contrat de vente. Selon la première disposition, « *Est nul tout pacte par lequel le vendeur est exonéré de la garantie pour éviction, lorsqu'il y ait eu mauvaise foi de la part de celui-ci* »²⁰²⁵. Selon l'alinéa 1^{er} de l'article 1909, « *La stipulation exonérant le vendeur de la garantie contre l'éviction, ne le libère pas de l'obligation de restituer le prix reçu* ».

²⁰²² J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 502, p. 484. Par exemple, la cession faite « *sans autre garantie que celle de l'existence de la créance* » exclut la garantie des sûretés : Req. 28 mai 1873. 1. 407 ; 19 nov. 1873, DP 1874. 1. 75

²⁰²³ Ce qui conforte, une fois de plus, que le fait d'avoir réglementé la cession de créance d'une manière autonome, indépendamment du contrat de vente, ne signifie pas qu'il n'y ait plus lieu d'appliquer les dispositions de celui-ci lorsque cela s'avère nécessaire, notamment en cas de silence du législateur à propos d'une question précise. *Contra* G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 875, p. 748 qui considèrent que la réglementation de la cession en tant que contrat autonome, indépendant de la vente, empêche d'appliquer à la cession les règles de la vente. Cependant, les auteurs arrivent à la même conclusion en application du nouvel article 1104 issu de l'ordonnance du 10 février 2016, relatif au principe de bonne dans la négociations, la formation et l'exécution du contrat : « *Il est toutefois permis de penser que le principe de l'article 1628, à savoir que le vendeur ne peut pas se prévaloir de la clause de non-garantie lorsque l'éviction est due à son propre fait repose sur la nécessaire exécution de bonne foi du contrat, expressément stipulée d'ordre public par l'article 1104 du Code civil. Dès lors, il n'y a aucun obstacle à le voir appliquer en matière de cession de créance, le cessionnaire ne pouvant se retrancher derrière la clause de non-garantie lorsqu'il est responsable de l'inexistence de la créance ou de ses accessoires* ».

²⁰²⁴ Par exemple, lorsque la créance est inexistante et que cela est imputable au cédant : J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, t.IV, Les obligations, Régime général, op.cit.*, n° 398, p. 413 ; Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 826, p. 661.

²⁰²⁵ Cette hypothèse correspond en effet à la garantie du vendeur de son fait personnel.

716. S'agissant de l'extension de la garantie²⁰²⁶, les droits français et colombien admettent que le cédant peut s'engager à répondre de la solvabilité du débiteur²⁰²⁷, tantôt actuelle, tantôt future. Cependant, cette garantie est plafonnée au montant du prix de la cession. Si la doctrine française considère qu'il s'agit là d'une limite impérative, il n'en va pas de même en droit colombien.

717. En droit français, cette solution s'imposait sous l'empire de l'ancienne législation et continue de l'être aujourd'hui, même si une partie de la doctrine craint qu'avec la réforme, le caractère d'ordre public du plafonnement soit remis en cause.

Les anciens articles 1694 et 1695 du Code civil réglaient ces aspects. L'ancien article 1694 disposait que le cédant pouvait s'engager à répondre de la solvabilité du débiteur, jusqu'à concurrence seulement du prix qu'il avait retiré de la créance. Quant à l'ancien article 1695, il portait sur la garantie de la solvabilité future, dite « *clause de fournir et de faire valoir* »²⁰²⁸, en disposant que cette garantie ne pouvait jouer que lorsqu'elle avait été stipulée expressément. Ainsi, la stipulation par laquelle le cédant s'engageait à répondre de la solvabilité du débiteur, sans préciser qu'il s'agissait de la solvabilité future, doit s'entendre comme la solvabilité actuelle, autrement dit, la solvabilité du débiteur au jour de la cession²⁰²⁹.

La plupart des auteurs remarquaient que dans l'un et l'autre cas, la responsabilité du cédant était limitée au prix de la cession. Le cédant ne pouvait donc pas s'engager à répondre de la solvabilité, ni actuelle, ni future, en stipulant une garantie s'étendant au montant nominal de la créance. La raison d'une telle interdiction aurait résidé dans l'intérêt de protéger le cédant d'usuriers qui « *se feraient céder à vil prix des créances irrécouvrables et exerceraient ensuite un recours contre le cédant* »²⁰³⁰. En outre, certains

²⁰²⁶ Il convient de souligner qu'un auteur français a remis en cause le bien-fondé de la qualification de clause d'extension de la garantie à une telle hypothèse. Pour lui, il ne s'agit que d'un contrat d'assurance : T. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. II, *op. cit.*, n° 518, p. 212-214. L'auteur tire certaines conséquences pratiques de cette qualification. Par exemple, ce serait en raison de la prise en compte de cette clause en tant qu'assurance que le cédant ne devrait répondre que jusqu'au montant du prix de la cession : (*op. cit.*, n° 541 et s., p. 237 s).

²⁰²⁷ M.-E. CAMACHO-LOPEZ, « La cesión de créditos en garantía, de acuerdo con la ley 1676 de 2013 », art. préc., p. 175-176 où l'auteur souligne de manière pertinente que la garantie de la solvabilité n'opère que dans les cas où le débiteur est insolvable et non dans ceux où il ne se libère pas entre les mains du cessionnaire pour une raison différente.

²⁰²⁸ Le cédant s'engage, par exemple, à répondre de la solvabilité du débiteur au jour de l'échéance.

²⁰²⁹ H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations, Théorie générale, op.cit.*, n° 1275, p. 1294. Certains auteurs précisent qu'il s'agit de la règle à appliquer lorsqu'on est en présence d'une créance exigible. En revanche, lorsqu'il s'agit d'une créance à terme ou sous une condition suspensive, il conviendrait d'admettre que la garantie de la solvabilité du débiteur doit être entendue de la solvabilité au jour de l'échéance de la dette ou de l'accomplissement de la condition. La raison en est que la solvabilité du débiteur n'importe au cessionnaire que pour le temps où il pourra exiger le paiement de la créance : A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. XVI, *op. cit.*, n° 516, p. 534. Mais cette interprétation ne paraît pas possible à la lumière de l'alinéa 2 du nouvel article 1326 issu de l'ordonnance du 10 février 2016 selon lequel, pour que la garantie de la solvabilité s'étende à la solvabilité à l'échéance, une stipulation expresse est nécessaire : M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IX), LPA, 26 avril 2016, art. préc., spéc. art. 1326 : « La garantie de la solvabilité du cédé concerne celle qui existe au moment du transfert. Le cédant ne garantit pas la solvabilité au moment de l'échéance du terme de la créance que s'il a expressément accepté une telle garantie ».

²⁰³⁰ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation, op.cit.*, n° 369, p. 366, note 1 ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations, Théorie générale, op.cit.*, n° 1275, p. 1294-1295 : « La nature de

auteurs invoquaient, en faveur de cette interprétation, le fait que l'article 1694, contrairement à l'article 1965, ne consacrait pas la possibilité pour les parties de déroger à la disposition par une clause contraire²⁰³¹. Une doctrine minoritaire reconnaissait pourtant que le cédant pouvait s'obliger, par une clause expresse, à rembourser la valeur nominale de la créance en cas d'insolvabilité du débiteur cédé²⁰³².

Le nouvel article 1326 du Code civil, dans ses alinéas 2 et 3, reprend, pour l'essentiel, les règles relatives à la garantie de la solvabilité actuelle et future. Mais c'est précisément en raison de la reprise de la règle selon laquelle la garantie de la solvabilité ne s'étend pas jusqu'à concurrence du montant nominal de la créance, sans aucune précision à propos du caractère d'ordre public, qu'un auteur a mis en avant le risque de considérer que le plafond fixé ne serait que supplétif de la volonté des parties. Selon le rapport de présentation de l'ordonnance du 10 février 2016, les dispositions prévues dans l'ordonnance précitée seraient supplétives de volonté, sauf quand le législateur a expressément disposé le contraire²⁰³³. Ainsi, le silence du législateur à propos du caractère d'ordre public de la règle selon laquelle le plafond de la garantie est limité au prix de la cession, devrait conduire à admettre que les parties peuvent, par une clause contraire, stipuler que le cédant garantit le montant nominal de la créance en cas d'insolvabilité actuelle ou future du débiteur²⁰³⁴.

718. En droit colombien, les mêmes règles s'appliquent en matière de garantie de la solvabilité actuelle et future du débiteur. En fait, l'article 1965 du Code civil dispose effectivement que le cédant peut s'engager, par une clause expresse, à garantir la solvabilité du débiteur. Dans une telle hypothèse, le législateur colombien a précisé, à l'instar du législateur français, que le cédant ne répond que de la solvabilité actuelle et jusqu'à concurrence du prix de la cession. De plus, le législateur a prévu que le cédant peut s'engager à répondre de la solvabilité future, mais qu'une clause expresse en ce sens est nécessaire. Jusqu'à ce point, les législations française et colombienne sont semblables.

la cession de créance se concilie mal avec les clauses de garantie de la solvabilité du débiteur. Souvent, le cessionnaire spéculé : il achète la créance à un prix inférieur à sa valeur nominale ; il est donc juste qu'il supporte le risque de l'opération ».

²⁰³¹ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1295, p. 1341.

²⁰³² L. GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, t. II, op. cit., n° 839, p. 377 ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le code civil*, t. XVI, Alex-Gobelet, Paris, 1833, n° 513, p. 530 : « Mais rien n'empêcherait que le vendeur ne s'obligeât à garantir la solvabilité du débiteur pour une plus forte somme que le prix de la cession. Cette convention n'ayant rien de contraire aux lois, aux bonnes mœurs ni à la nature du contrat de vente de créances, elle serait par cela même exécutée suivant sa teneur (art. 1134) ».

²⁰³³ « Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *JORF* n°0035 du 11 février 2016, texte n° 25.

²⁰³⁴ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 876, p. 749. Cependant, ces auteurs laissent entendre que, dans la mesure où les « raisons qui avaient poussé à reconnaître le caractère impératif de ce plafond n'ont pas disparu, à savoir la nécessité sociale d'interdire « l'activité spéculative d'usuriers qui se porteraient acquéreurs de créances difficilement recouvrables, tout en s'assurant un paiement intégral en vertu d'une garantie stipulée du cédant » » les juges pourraient toutefois se prononcer en faveur du caractère impératif du texte.

Cependant, le législateur colombien, à la différence de son homologue français, a précisé que les règles énoncées n'étaient que supplétives de volonté²⁰³⁵, de sorte que les parties peuvent stipuler que la garantie s'étend au montant nominal de la créance²⁰³⁶ et, même, à un montant supérieur. Certains auteurs regrettent l'inexistence, en droit colombien, d'une interdiction pour les parties de stipuler que le cédant sera tenu d'une garantie au-delà du prix payé lors de la cession. Selon eux, une telle prohibition serait utile pour lutter contre l'usure²⁰³⁷.

719. Nous approuvons la position du législateur colombien. Selon la doctrine minoritaire française, la disposition prévue par le législateur ne doit être interprétée que comme une règle supplétive de la volonté des parties²⁰³⁸. Pour la même raison, on devrait admettre, en droit français, la possibilité pour les parties de déroger à la règle prévue au nouvel article 1326 issu de l'ordonnance du 10 février 2016. En conséquence, les parties devraient pouvoir stipuler une garantie s'étendant au-delà du montant du prix de la cession.

720. Si on laisse de côté les règles relatives à la garantie du droit commun, quelques remarques doivent être faites au sujet de la garantie dans le cas spécifique de la cession aux fins de sûreté. Rappelons que nos législateurs ont établi quelques dispositions particulières à ce sujet.

S'agissant du droit français, en matière de cession Dailly, nous avons souligné que, conformément à l'article L. 313-24 du Code monétaire et financier, le cédant garantit non seulement l'existence de la créance mais aussi la solvabilité du débiteur de la créance cédée²⁰³⁹. Les auteurs reconnaissent généralement qu'avec cette disposition, le cédant est tenu d'une garantie de bonne fin : il reste obligé tant que le cessionnaire n'a pas obtenu paiement²⁰⁴⁰. En outre, en raison de la solidarité consacrée par le texte, le cessionnaire n'est pas tenu de constater l'insolvabilité du cédé avant d'exercer son recours contre le cédant ; il lui suffit d'établir que le débiteur n'a pas acquitté la dette²⁰⁴¹.

²⁰³⁵ Étant donné que cette précision est faite à la fin de l'article 1965 du Code civil régissant tous les aspects relatifs à la garantie, les auteurs entendent que les parties sont libres de modifier n'importe quelle règle relative à la garantie due par le cédant.

²⁰³⁶ F.-A. CASTILLO MAYORGA, « La cesión de crédito », art. préc., p. 428; C. GOMEZ ESTRADA, *De los principales contratos civiles*, op. cit., n° 139, p. 173.

²⁰³⁷ A. PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, vol. II, part. II, op. cit., p. 306-307.

²⁰³⁸ A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. XVI, op. cit., n° 513, p. 530.

²⁰³⁹ Cass.com. 1 février 2011, n° : 09-73000, *Bull. civ.* IV, n° 11 ; J. LASSERRE-CAPDEVILLE, *RDBA*, 1 avril 2011, n° 4, p. 1. Même si le texte ne fait pas de référence expresse à la garantie de l'existence de la créance, la garantie de paiement comprend nécessairement la garantie de l'existence : Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, op. cit., n° 750, p. 552- 553 : « *Sauf convention contraire, le signataire de l'acte de cession est garant solidaire du paiement des créances cédées. Cette garantie de paiement englobe nécessairement la garantie de l'existence de la créance, sauf à priver d'une partie de sa portée ladite garantie* » ; Cass. com., 1^{er} fév. 2011, *Banque et droit*, n° 137, mai-juin 2011. 28, obs. Th. Bonneau.

²⁰⁴⁰ E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op. cit., n° 576, p. 353.

²⁰⁴¹ C'est pourquoi certains auteurs se réfèrent à une solidarité légale non-accessoire : E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op. cit., n° 576, p. 354 ; A. BENABENT, *Droit des obligations*, op.cit., n° 710, p. 549.

Quant au droit colombien, nous avons souligné que le législateur n'a fait que transposer en matière de cession aux fins de garantie la garantie du droit commun. De sorte que la garantie consacrée par le législateur colombien en matière de cession aux fins de sûreté est moins favorable que celle consacrée par le législateur français en matière de cession Dailly. En effet, si le cessionnaire s'adresse au débiteur pour exiger le paiement de la créance cédée à titre de garantie²⁰⁴² mais que celui-ci ne réalise pas le paiement entre ses mains, le cessionnaire n'a aucun recours contre le cédant pour faire valoir la créance cédée. La seule possibilité qui lui est offerte est d'exiger le paiement de la créance garantie. De plus, la stipulation de la garantie de solvabilité du débiteur de la créance cédée n'aurait d'intérêt que si elle comprend d'autres sommes que le montant de la créance garantie. La raison tient à ce que dans tous les cas, si la créance est supérieure à la créance garantie, le cessionnaire doit restituer le surplus. Cette solution s'impose en raison de la fonction de garantie de la cession.

Nous pouvons donc constater que la garantie en matière de cession Dailly est beaucoup plus avantageuse que celle de la cession aux fins de sûreté en droit colombien. En effet, le fait de constituer le cédant en garant solidaire du paiement permet au cessionnaire d'agir contre le cédant non seulement au titre de la dette que celui-ci a envers lui, mais également lorsque, par exemple, la créance cédée arrive à échéance avant la créance garantie.

721. Même si la garantie d'éviction due par le cédant au cessionnaire tend à renforcer la situation de celui-ci, elle n'accorde qu'une protection relative. Il s'agit d'une garantie doublement limitée : d'une part, elle ne s'applique, en principe, que dans les cas de cessions à titre onéreux avec stipulation d'un prix ; d'autre part, le cédant ne répond que de l'existence de la créance et de ses accessoires. Ainsi, sauf stipulation contraire, le cédant ne garantit pas la solvabilité du débiteur de la créance cédée. Cependant, si le transfert de la créance et de ses accessoires et la garantie due par le cédant au cessionnaire constituent les deux principaux effets de la cession, il existe d'autres effets complémentaires qui méritent d'être abordés ; en précisant que ces derniers varient en fonction de l'opération voulue par les parties. Le caractère polyvalent de la cession est à l'origine de cette particularité.

§3- La diversité des autres effets de la cession

722. La cession étant une opération polyvalente pouvant être utilisée même aux fins de garantie, ses effets varient en fonction de l'opération envisagée : vente, donation, apport en société,

²⁰⁴² Dans l'hypothèse de l'inexécution de l'obligation garantie par le cédant, par exemple.

garantie, etc. Il est possible d'identifier certains effets communs à toutes les cessions (A), alors que d'autres sont exclusifs à la cession aux fins de garantie (B).

A- Des effets communs à toute cession

723. Parmi les différents effets communs à toute cession, deux en particulier méritent une attention particulière : en premier lieu, le devoir de coopération spéciale à la charge du cédant (1) ; en second lieu, l'obligation de délivrance à la charge du cédant (2).

1- Le devoir de coopération du cédant

724. C'est précisément en raison de la particularité du bien objet de la cession, la créance, que le devoir de coopération du cédant envers le cessionnaire est si important. Même s'il ne s'agit pas d'un devoir reconnu expressément par les législateurs français et colombien, il peut être déduit du principe de bonne foi. En revanche, ce devoir est expressément consacré par certains instruments européens et internationaux. C'est pourquoi, après avoir dans un premier temps étudié la reconnaissance d'un tel devoir au sein de ces instruments, nous examinerons son application dans nos systèmes juridiques.

725. Les commentateurs de l'article 9.1.14 des Principes d'UNIDROIT, relatif à la portée de la cession, signalent que le cédant a l'obligation, en vertu du devoir général de coopération prévu à l'article 5.1.3, de prendre toutes les mesures nécessaires pour permettre au cessionnaire de jouir du bénéfice des droits accessoires et des garanties. Il est vrai que les auteurs se réfèrent à un tel devoir dans l'hypothèse d'une cession partielle de la créance. Cependant, compte tenu du caractère général de l'article 5.1.3, il est possible d'affirmer qu'un tel devoir existe dans tous les cas.

Avec une formulation un peu différente, tout en gardant la même substance, l'alinéa 1^{er} de l'article 123 du projet de Code européen de l'Académie de Pavie (projet Gandolfi) dispose que le cédant est tenu, entre autres, de fournir toutes les informations nécessaires et utiles pour faire valoir la créance.

Ce devoir de coopération du cédant se traduit encore par la règle selon laquelle le cédant ne doit pas agir au détriment des droits du cessionnaire. Dès lors, le cédant ayant conclu un contrat avec le cessionnaire est tenu d'un devoir de bonne foi qui exige, par exemple, de ne pas demander au débiteur l'exécution de la prestation, même dans le cas où les formalités pour rendre la cession efficace à l'égard du débiteur ne sont pas encore accomplies.

726. Le devoir de coopération et, plus largement, le principe de bonne foi justifient également que le cédant soit tenu de rembourser le cessionnaire de tout paiement qu'il a reçu du débiteur avant la notification de la cession. L'article 9.1.15 des Principes d'UNIDROIT va dans ce sens. De même, la Convention de Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international dispose, à l'alinéa 1^{er}, littéral b) de l'article 14, que si un paiement à titre de créance est effectué entre les mains du cédant, le cessionnaire est fondé à recevoir paiement du produit et à se faire remettre les biens meubles corporels restitués au cédant au titre de la créance cédée.

Quant à l'article 11:203 des Principes du droit européen du contrat, il dispose que le cessionnaire peut prétendre à tout ce que le cédant reçoit du débiteur, alors même que la cession est inopposable à ce dernier. L'inopposabilité peut avoir lieu soit dans le cas de la stipulation d'une clause d'incessibilité, soit lorsque la cession se rapporte à une prestation à laquelle le débiteur n'a pas consenti et qu'il ne peut raisonnablement être tenu d'effectuer au profit d'un autre que le cédant²⁰⁴³.

727. Malgré le silence du législateur français et du législateur colombien à propos d'un tel recours, la même solution semble s'imposer. Quant au droit français, il en va ainsi sous l'empire de la législation ancienne et de la législation nouvelle. Conformément à la rédaction de l'article 1690 du Code civil et à l'article 1691, même si la cession de créance n'était pas efficace à l'égard du débiteur qu'à partir de la signification ou de son acceptation de la cession dans un acte authentique, le transfert de la créance du patrimoine du cédant dans celui du cessionnaire avait lieu dès l'accord des volontés²⁰⁴⁴. Selon les nouvelles dispositions, si la cession n'est efficace à l'égard du débiteur qu'à partir de la notification (nouvel art. 1324 du Code civil), le transfert de la créance a lieu tant à l'égard des parties qu'à l'égard des tiers à la date de l'acte. Ainsi, même si à l'égard du débiteur le cédant conserve sa qualité de créancier, la cession produit son effet translatif entre le cédant et le cessionnaire dès la date de l'acte. Cela explique que le cessionnaire puisse prétendre aux sommes que le cédant reçoit au titre de la créance cédée. Quant au droit colombien, la situation est la même : si la notification ou l'acceptation de la cession par le débiteur sont nécessaires pour l'efficacité de la cession à l'égard du débiteur, le transfert de la créance du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire a lieu dès la remise du titre (art. 1959 du C. civ. co.)

²⁰⁴³ En raison, par exemple, de la nature de la prestation ou de ses relations avec le cédant.

²⁰⁴⁴ V. *supra* n° 661.

728. À côté des devoirs de bonne foi et de coopération, le cédant est également tenu d'une obligation de délivrance. Malgré les doutes parfois exprimés sur l'existence d'une telle obligation, elle existe pourtant bien en droit français comme en droit colombien.

2- L'obligation de délivrance du cédant

729. Nous avons montré, à l'occasion de l'étude de la nature translatrice de la cession, que la remise d'un titre était nécessaire, en droit colombien, pour que le transfert de la créance puisse se réaliser²⁰⁴⁵. Rappelons que la remise du titre constatant la créance, acte de tradition permettant l'exécution de l'obligation de donner, est consacrée aux articles 761 et 1959 du Code civil colombien. Le cédant est alors tenu de délivrer la créance, car c'est la seule manière d'exécuter l'obligation de donner qui pèse sur lui.

730. À la différence du droit colombien, la remise du titre constatant la créance n'est pas nécessaire en droit français pour que le transfert de la créance se réalise. Cela ne signifie pour autant pas, dans le cas où la créance cédée est constatée par un titre, que le cédant ne soit pas tenu de remettre celui-ci au cessionnaire. Cette remise est nécessaire pour que le cessionnaire puisse faire valoir la créance à l'encontre le débiteur²⁰⁴⁶. C'est la solution qui s'imposait sous l'empire de l'ancienne législation et, contrairement à ce que l'on pourrait croire, elle reste valable malgré la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016.

L'article 1689 du Code civil dans sa rédaction originale disposait que « *dans le transport d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un tiers, la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre* ». En tenant compte du principe du transfert *solo consensu*, la doctrine majoritaire s'accordait sur le fait que la remise du titre était l'objet de l'obligation de délivrance mais qu'elle n'était pas essentielle pour que le transfert de propriété ait lieu²⁰⁴⁷.

On pourrait avancer que la suppression du terme « *créance* » dans l'article 1689 du Code civil du fait de l'ordonnance du 10 février 2016²⁰⁴⁸ entraîne la suppression de l'obligation de délivrance à la

²⁰⁴⁵ V. *supra* n° 667 et s.

²⁰⁴⁶ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Régime général*, *op.cit.*, n° 18, p. 9 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Cours de droit civil, Obligations, Régime*, *op. cit.*, n° 145, p. 262 ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations, Théorie générale*, *op.cit.*, n° 1259, p. 1277.

²⁰⁴⁷ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n° 327, p. 361 ; H., L. et J. MAZEAUD, *ibidem* ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1289, p. 1336.

²⁰⁴⁸ Voir l'article 5 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

charge du cédant d'une créance²⁰⁴⁹. Le fait qu'il n'existe aucune disposition issue de l'ordonnance consacrant expressément cette obligation conforterait cette solution.

Cependant, aucun de ces arguments n'emporte notre conviction. Nous croyons que le cédant d'une créance reste tenu, sous l'empire de la nouvelle législation, d'une obligation de délivrance²⁰⁵⁰. La principale raison de cette position est que l'obligation de délivrance prévue à l'article 1689 du Code civil n'est qu'une application de l'article 1607 du même code concernant les différents modes de délivrance des biens incorporels²⁰⁵¹. Or, dans la mesure où l'article 1607 est toujours en vigueur et applicable à tous les biens incorporels, il n'y a pas de raison de conclure que l'obligation de délivrance pesant sur le cédant a été supprimée. Ainsi, en cas de cession d'une créance constatée par un titre, le cédant reste tenu de la remise de celui-ci au cessionnaire. Dans le cas contraire, la délivrance aura lieu par l'usage que le cessionnaire fait de la créance avec le consentement du cédant²⁰⁵². Admettre le contraire serait priver le cessionnaire des moyens nécessaires pour obtenir l'exécution de la prestation²⁰⁵³. Ainsi, si la créance est constatée par un titre et que le cédant ne le remet pas dans les mains du cessionnaire, celui-ci pourra demander la résolution de la cession pour inexécution par le cédant de son obligation de délivrance²⁰⁵⁴.

731. Si le devoir de coopération et l'obligation de délivrance sont des effets communs à toute cession, il existe des effets propres à la cession aux fins de garantie qui s'expliquent par la particularité de cette opération.

²⁰⁴⁹ En faveur de cette analyse : B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats*, *op.cit.*, n° 1075, p. 268 : « *Ce contrat (la cession) a pour effet de transmettre la créance qui est acquise par cet acte au cessionnaire, sans qu'il y ait lieu à délivrance par la remise du titre, tel que le prévoyait l'article 1689 dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance (cet article disposait que, dans le transport d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un bien, la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre). La remise du titre n'a pratiquement plus raison d'être. Le cessionnaire peut exiger le paiement du débiteur dès lors qu'il lui a signifié sa qualité. Par là même, il lui aura produit l'écrit qui établit l'acquisition de la créance* ».

²⁰⁵⁰ Voir en ce sens : A. BENABENT, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 700, p. 542 : « *Entre les parties, la cession prend effet immédiat (art. 1323) et le cédant doit d'abord « délivrer » la créance, par remise du titre de créance au cessionnaire* ».

²⁰⁵¹ J. -N. CESARESCOU, *De la détermination des tiers en matière de cession de créance*, thèse Paris, 1899, p. 62. Voir en ce même sens : Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Droit civil français*, t. V, 6^e éd., par P. Esmein, *op. cit.*, § 359, p. 141 ; PLANIOL et RIPERT, t. X, n° 75 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations, Les biens*, *op. cit.*, n° 1231, p. 2451 ; C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. XVII par J.-B. Duvergier, *op. cit.*, n° 178, p. 215 : « *La délivrance, dit l'article 1689, s'opère entre le cédant et le cessionnaire, par la remise du titre ; c'est la répétition de l'art. 1607* ».

²⁰⁵² Il s'agirait donc d'une opération purement intellectuelle : J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n° 327, p. 361. Par exemple, la délivrance aurait lieu par la notification de la cession faite au débiteur, soit par le cédant, soit par le cessionnaire : F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Cours de droit civil, Obligations, Régime*, *op. cit.*, n° 145, p. 262 .

²⁰⁵³ C'est pourquoi l'alinéa 1^{er} de l'article 123 du projet de Code européen de l'Académie de Pavie (projet Gandolfi) dispose que le cédant est tenu, entre autres, de remettre au cessionnaire les documents probatoires de la créance dont il est en possession, ou bien une copie authentique de ceux-ci si une partie seulement de la créance est cédée.

²⁰⁵⁴ Ce qui explique que la Cour ait décidé, dans l'hypothèse particulière de la cession de parts sociales, que le manquement du cédant à son obligation de délivrance justifiait l'action en résolution de la cession par le cessionnaire : Cass. com., 7 avr. 2009, n° 08-15593, *Bull. civ.* IV, n° 55 ; D. 2009. AJ. 1204, obs. Lienhard

B- Quelques effets propres à la cession aux fins de garantie

732. Le droit français n'admet pas la conclusion d'une cession de droit commun à titre de garantie, mais reconnaît deux types spéciaux de cession à ces fins : la cession Dailly et la cession fiduciaire de créance. A la différence du droit français, le législateur colombien admet et organise expressément la cession de créance à titre de garantie, outre la possibilité de réaliser également une cession fiduciaire de créance. Quelle que soit l'opération réalisée parmi celles que l'on vient de mentionner, deux effets particuliers peuvent être constatés. Ces effets s'expliquent par le caractère temporaire du transfert. En premier lieu, une obligation de restitution en faveur du cédant et à la charge du cessionnaire (1). En second lieu, une obligation, pour le cessionnaire, de conserver la créance cédée (2).

1- Obligation de restitution du cessionnaire

733. Puisque le transfert opéré dans l'hypothèse d'une cession de créance aux fins de garantie a seulement pour finalité d'assurer l'exécution d'une obligation principale, il s'agit d'un transfert temporaire. Ce n'est que dans l'hypothèse où le cédant n'exécute pas l'obligation garantie que le cessionnaire acquerra un droit définitif sur la créance cédée. C'est pourquoi le cessionnaire sera tenu, en cas de paiement de la dette garantie, d'une obligation de restitution ou de rétrocession en faveur du cédant. Il en va de même dans l'hypothèse où malgré le non-paiement de la créance garantie, la créance cédée est d'un montant supérieur à celui de la créance garantie.

734. Cette obligation de restitution ou de rétrocession en matière de cession aux fins de garantie n'est expressément prévue ni par la loi française ni par la loi colombienne. Ce constat n'est pour autant pas un obstacle à sa reconnaissance, et ce indépendamment des débats relatifs au mécanisme permettant d'expliquer une telle rétrocession²⁰⁵⁵ et à son caractère automatique ou non²⁰⁵⁶ ; questions qui dépassent le cadre de notre recherche.

²⁰⁵⁵ À ce propos, la doctrine se trouve divisée entre ceux qui considèrent que la rétrocession s'explique par le jeu d'une condition résolutoire et ceux qui affirment, en revanche, qu'elle se comprend par le mécanisme du terme extinctif. D'autres soulignent encore, en remettant en cause les explications précédentes, que le retour de la créance dans le patrimoine du cédant s'explique simplement par la particularité de la propriété fiduciaire. Voir à propos de ces questions : Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, *op. cit.*, n° 101 et s., p. 99 et s ; D. LEGEAIS, *Traités, Opérations de crédit*, *op. cit.*, n° 881, p. 487 ; A. AYNES, « Sort de la créance cédée à titre de garantie en cas d'extinction de la créance garantie », *RDC*, 1^{er} juill. 2008, n° 3, p. 865. Quant à la rétrocession dans le domaine de la cession fiduciaire organisée par le Code civil, certains auteurs sont favorables à la rédaction d'un écrit : J. DUBARRY, *Le transfert conventionnel de propriété, Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, *op. cit.*, n° 249, p. 139-140.

²⁰⁵⁶ Une partie de la doctrine affirmait que la rétrocession au débiteur cédant dans le cadre d'une cession Dailly devait obéir au droit commun et, par conséquent, qu'elle devait être réalisée conformément à l'article 1690 et suivants du Code civil, alors applicables à la cession de créance : M. CABRILLAC, note sous Cass. com., 16 mai 2000, n° 96-20070, *RTD com.* 2000, p. 993. Cette position a été défendue par la Cour d'appel de Versailles : CA Versailles, 1^{er} mars 2001 ; *RTD com.* 2001, p. 960, note M. Cabrillac ; P. CROCQ, « cession de créance à titre de garantie », *Lamy Droit des sûretés*, 2007, n° 262-41 : « L'opposabilité au débiteur cédé de cette rétrocession au profit du cédant, et l'obtention d'un paiement par ce dernier supposent que cette rétrocession lui soit également notifiée ».

En droit français, la jurisprudence l'admet explicitement. L'une des décisions les plus importantes à cet égard est un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 22 novembre 2005²⁰⁵⁷. A cette occasion, la Cour a confirmé, sans aucune ambiguïté, l'obligation de restitution qui pèse sur le cessionnaire dans l'hypothèse de l'extinction de la créance garantie²⁰⁵⁸. Depuis lors, cette position a été réaffirmée par de nombreuses décisions²⁰⁵⁹.

Quant au droit colombien, l'obligation de restitution peut être déduite de différentes dispositions. Il en est ainsi, par exemple, de l'article 60 de la loi sur les garanties mobilières qui consacre l'obligation pour le créancier, lorsqu'il a le droit de se payer directement sur le bien donné en garantie

mais, cette fois, en respectant les formalités de l'article 1690 du Code civil ». Mais aujourd'hui, la jurisprudence se montre favorable à la rétrocession automatique et sans aucune formalité. En effet, la Cour affirme que la cession de créance aux fins de sûreté prend fin lorsque son bénéficiaire n'a plus de créance à faire valoir et décide qu'en pareil cas le cédant peut retrouver la propriété de la créance cédée sans formalité particulière : Cass. civ. 1^{re}, 19 sept. 2007, n° 04-18372, *Bull. civ. I*, 2007, n° 275 ; *RDBF*, 2007, Com. 209, obs. F.J. Crédot et Th. Jamin ; Cass. com., 22 nov. 2005, n° 03-15.669, *RTD com.* 2006, p. 170, obs. D. Legeais ; *RDBF*, 2006, comm. 16, obs. A. Cerles ; M.-A. RAKOTOVAHINY, « La créance cédée par bordereau Dailly : une appropriation encadrée », *LPA*, 15 janvier 2008, n° 11, p. 20, spéc. n° 3 : « (...) Mais parce que la cession Dailly vient s'ajouter à une opération que l'on peut qualifier de crédit, la cession Dailly n'est plus par elle-même une opération de crédit : c'est un instrument permettant seulement de constituer une sûreté au service d'une opération de crédit (...). Le transfert de propriété est conçu comme devant être temporaire. Si le crédit est remboursé avant le recouvrement des créances cédées, ces dernières devront être rétrocédées au cédant. Cette rétrocession participe des particularités affectant le régime de la cession à titre de garantie » et l'auteur ajoute plus loin : « La Cour de cassation corrige cette interprétation en s'interrogeant sur la finalité de la cession qui détermine l'appropriation momentanée ou définitive de la cession. Le cédant ne retrouve la propriété des créances que dans l'hypothèse d'une cession-garantie. Il est investi à nouveau de la propriété de ses créances dès lors que le bénéficiaire « n'a plus de créance à faire valoir ou lorsqu'il renonce » (art. préc. n° 7).

²⁰⁵⁷ Cass. com. 22 nov. 2005, n° 03-15669, *Bull. civ. IV*, n° 230, p. 249.

²⁰⁵⁸ Certains auteurs soulignent que la Haute juridiction avait déjà reconnu, bien qu'implicitement, cette obligation de rétrocession dans un arrêt de sa chambre commerciale du 8 janvier 1991, n° 89-13711 : D. FENOUILLET, note *Revue Jur. Com.* 1993, p. 190 ; I. TCHOTOURIAN, « La cession à titre de garantie, entre cession et garantie fiduciaire : le « transfert de propriété » des créances n'est que « provisoire », *RJDA*, 3 / 06, n° 325, spéc. 19 : « Les magistrats énoncent que le banquier cessionnaire est tenu de rétrocéder la créance au cédant si le crédit garanti par celle-ci est intégralement remboursé ». Pour notre part, même en admettant le caractère automatique de la rétrocession, nous considérons que la cession doit être, dans tous les cas, notifiée au débiteur. Sinon comment peut-il savoir entre les mains de qui réaliser le paiement ? C'est peut-être la raison pour laquelle le législateur colombien a pris soin de préciser, à l'article 19 de la loi sur les garanties mobilières, que le constituant a le droit de demander au cessionnaire de notifier le débiteur de la créance cédée afin de l'informer du paiement de la créance garantie et, par conséquent, de lui préciser qu'il n'a aucune obligation envers le créancier garanti. À notre avis, il aurait été préférable de faire peser expressément cette obligation sur le cessionnaire. Cependant, cette disposition témoigne de l'intérêt de reconnaître la nécessité d'une telle notification au débiteur. D'ailleurs, une partie de la doctrine française souligne le besoin de réaliser une telle notification lorsque la cession Dailly a été notifiée au débiteur : L. PRUD'HOMME et J. ORENGO, « Précisions sur le dénouement de la cession de créance professionnelle », note sous Cass. com., 18 sept. 2007 et Cass. com., 19 sept. 2007, *RLDC* 2008, spéc. n° 19 : « Les conséquences pratiques de ce principe d'automatisme doivent par ailleurs être nuancées dans l'hypothèse où la cession aura été notifiée. L'opposabilité de plein droit de la rétrocession ne doit tout d'abord pas masquer la nécessité dans laquelle se trouvera le cédant d'apporter la preuve de son droit d'obtenir paiement. En effet, actionné par le cédant après une rétrocession occulte, le cédé ayant reçu notification aura toutes les raisons de penser que son paiement ne serait pas libératoire et qu'il est dans l'obligation de le refuser. Le cédant devra alors établir l'existence de la rétrocession, soit en prouvant le paiement et le fait que la cession était consentie à titre de garantie (ce qu'il serait bon de faire mentionner au cessionnaire dans la notification), soit en se munissant d'une attestation de la banque mentionnant la « mainlevée » de la sûreté ».

²⁰⁵⁹ Cass. civ. 1^{re}, 19 sept. 2007, n° 04-18372, *Bull. civ. I*, 2007, n° 275 ; M.-A. RAKOTOVAHINY, « La créance cédée par bordereau Dailly : une appropriation encadrée », art. préc. ; L. PRUD'HOMME et J. ORENGO, *Précisions sur le dénouement de la cession de créance professionnelle*, note sous Cass. com., 18 sept. 2007 et Cass. com., 19 sept. 2007, *RLDC* 2008, n° 45, p. 27, spéc. nos 12 et 18 où les auteurs signalent : « La vocation du cédant à recouvrer la propriété de la créance cédée est donc la caractéristique de la cession à titre de garantie, la rétrocession étant envisagée comme l'issue normale de l'opération (...) Elément de la définition même de la cession à titre de garantie –« contrat par lequel une personne aliène à une autre un bien corporel ou incorporel dans le but de garantir une créance, à charge pour l'acquéreur de retransférer en principe le bien, lorsque la garantie n'a plus lieu de jouer (Witz Cl, La fiducie en droit privé français, 1981, n° 151) ». Parmi les différentes décisions ayant réaffirmé cette solution : Cass. com., 3 nov. 2010, n° 09-69870, *Bull. civ. IV*, n° 162 et Cass. com., 18 nov. 2014, n° 13-13336, *Juris - Data* n° 2014-027962 ; R. MARTY, « Indivisibilité versus proportionnalité en matière de cession de créance à titre de garantie », note sous *JCP E*, n° 9, 26 fév. 2015, 1101 où l'auteur met en avant le fait qu'une telle décision consacre à nouveau le particularisme des sûretés fondées sur l'exclusivité.

et que la valeur de celui-ci excède celle de la créance garantie, de restituer la soulte au constituant²⁰⁶⁰. Dans tous les cas, comme un auteur colombien l'a soutenu, l'obligation de restitution s'explique par l'impossibilité pour le créancier de s'enrichir du fait de sa sûreté. De ce fait, l'obligation de restitution qui pèse sur le créancier garanti ne doit pas être remise en cause sous peine de porter atteinte au principe de l'enrichissement sans juste cause²⁰⁶¹.

735. Dans l'optique de la restitution, soit dans le cas où le cédant réalise le paiement de la créance garantie, soit dans le cas où le montant de la créance cédée excède le montant de la créance garantie, le cessionnaire est tenu d'une obligation de conservation de la créance cédée.

2- *Obligation de conservation du cessionnaire*

736. Parce que le droit de propriété dont il bénéficie est temporaire et, par conséquent, a vocation à disparaître en cas de paiement de la dette garantie, le cessionnaire est tenu de conserver la créance cédée²⁰⁶². Dans le cas contraire, il risque de ne pas pouvoir exécuter son obligation et d'engager sa responsabilité. C'est ainsi que, par exemple, le cessionnaire ne devrait pas disposer de la créance²⁰⁶³. Pour la même raison, si le cessionnaire peut consentir des délais de paiement au débiteur de la créance cédée -sa qualité de créancier l'autorise à le faire-, il pourrait voir sa responsabilité engagée dans le cas où, en raison de son comportement, il diminue les chances de recouvrement du cédant une fois la rétrocession opérée²⁰⁶⁴.

D'autre part, lorsque la créance cédée vient à échéance avant la créance garantie, le cessionnaire devrait, pour s'assurer de l'exécution de son obligation de conservation, recouvrer le

²⁰⁶⁰ L'article 60 de la loi 1676 du 20 août 2013 dispose : « Paiement direct. Le créancier pourra satisfaire son crédit directement avec les biens donnés en garantie par la valeur de l'expertise qui se réalisera conformément à ce qui est prévu au paragraphe 3° del présente article, lorsque cela a été stipulé par accord des parties ou lorsque le créancier garanti ait la possession de la chose donnée en garantie.

Paragraphe 1^{er}. Si la valeur du bien excède le montant de l'obligation garantie, le créancier devra rendre la soulte correspondant, déduits les frais et les coûts, à d'autres créanciers inscrits, au débiteur ou au propriétaire du bien dans le cas où il s'agisse d'une personne différente au débiteur (...). ».

²⁰⁶¹ M.-E. CAMACHO-LOPEZ, « La cesión de créditos en garantía, de acuerdo con la ley 1676 de 2013 », art. préc., p. 173.

²⁰⁶² D. LEGEAIS, *Traité, Opérations de crédit, op. cit.*, n° 881, p. 487 : « La distinction entre cession-escompte et cession à titre de garantie aurait pu être riche de conséquences. Dans la cession à titre de garantie, le cessionnaire est bénéficiaire d'une propriété fiduciaire. Il exerce bien les droits d'un véritable titulaire de la créance mais s'engage à restituer la créance cédée en cas d'exécution de l'obligation de garantie par le cédant. Cette considération aurait pu justifier la mise à sa charge d'obligations particulières. Elle aurait pu justifier une limitation de ses prérogatives ».

²⁰⁶³ Ph. VAN STEENLANDT, *La généralisation de la cession fiduciaire de créance, op.cit.*, n° 339, p. 247.

²⁰⁶⁴ Cass. com. 8 janv. 1991, n° 89- 13711, préc. Cependant, certains auteurs sont défavorables à la reconnaissance de cette possibilité en faveur du cessionnaire, en raison précisément de la particularité de la propriété fiduciaire et, plus précisément, du fait de l'obligation de restitution pesant sur lui : D. FENOUILLET, note sous *Revue Jur. Com.* 1993, p. 190 qui estime que le statut particulier du cessionnaire à titre de garantie ne devrait pas lui permettre de décider d'un délai de grâce au profit du débiteur de la créance cédée.

paiement dès la date d'exigibilité de la première. Les chances de recouvrement de la créance cédée peuvent en effet diminuer avec le temps²⁰⁶⁵.

Plus encore, certains auteurs prônent la conservation des sommes perçues en paiement du principal dans l'optique de leur restitution à l'échéance²⁰⁶⁶.

Enfin, et toujours en vertu de l'obligation de restitution, une partie importante de la doctrine considère, en dépit de la jurisprudence de la Cour de cassation²⁰⁶⁷, que le cessionnaire devrait être tenu de déclarer la créance cédée lors de la procédure collective du débiteur cédé. En effet, le défaut de déclaration par le cessionnaire risque de rendre la créance exsangue en remettant en cause l'exécution de l'obligation de conservation pesant sur le cessionnaire. Cela suffirait donc à justifier l'octroi de dommages-intérêts au débiteur-cédant²⁰⁶⁸, bien que la jurisprudence ne semble pas favorable à une telle conception.

737. En raison de sa nature polyvalente, outre les effets communs à toute cession, tels que l'obligation de délivrance ou le devoir de coopération spécial du cédant en faveur du cessionnaire, la cession de créance aux fins de garantie produit des effets propres s'expliquant surtout par sa nature temporaire. Nous en avons évoqué deux exemples : les obligations de restitution et de conservation à la charge du cessionnaire.

738. **CONCLUSION DE LA SECTION II.** En raison de la nature translatrice de la cession de créance, le cessionnaire peut bénéficier non seulement de la créance mais également de ses accessoires. C'est également en raison de sa nature translatrice que se justifient les obligations de délivrance et de garantie pesant sur le cédant. Jusque là, il semblerait que la cession n'a rien de spécial au regard des autres contrats translatifs. Cette conclusion méconnaît que la cession a non seulement un objet

²⁰⁶⁵ Ph. VAN STEENLANDT, *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, *op.cit.*, n° 339, p. 247 : « Dans l'hypothèse où la créance cédée échoit avant la créance garantie, le cessionnaire doit, pour éviter l'inexécution de son obligation de conservation, recouvrer le paiement dès la date d'exigibilité de la première. Il se peut en effet que les avoirs du débiteur cédé diminuent avec le temps, voire disparaissent ».

²⁰⁶⁶ Ch. GHSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, *op. cit.*, n° 84, p. 79-80, note 357 où l'auteur précise que les conventions-cadre de cession de créances prévoient que le cessionnaire conserve les encaissements reçus du débiteur cédé avant l'exigibilité de la dette garantie dans l'attente de pouvoir les appliquer au paiement de cette dette quand elle sera exigible.

²⁰⁶⁷ Cass. com., 20 oct. 2009, *Bull. civ. IV*, n° 128 : *D.* 2009, *AJ.* p. 2611, obs. X. Delpech ; *RD bancaire et fin.* 2010, n° 1, obs. A. Cerles ; *RTD com.* 2010, p. 422, obs. A. Martin-Serf. Voir dans le même sens : Cass. com., 14 mars 2000, *Bull. civ. IV*, n° 55 : *D.* 2000, act. jurispr. p. 236, obs. J. Faddoul ; *RDBF*, 2000, n° 117, obs. D. Legeais ; *RTD com.* 2000, p. 996, obs. M. Cabrillac.

²⁰⁶⁸ F. PEROCHON, « Cession de créances professionnelles : obligation du cédant de rembourser le crédit en dépit de l'extinction de la créance cédée en garantie », obs. sous Cass. com. 20 oct. 2009, n° 08-18233, *RPC* 2010, n° 2, comm. 63 : « Le cessionnaire est ainsi tenu en principe de conserver la créance en vue de sa restitution éventuelle, et le manquement à cette obligation, s'il était établi, devrait justifier l'octroi de dommages-intérêts au débiteur-cédant (V. en ce sens, les obs. de F. Petit, in *Act. proc. coll.* 2009-20, comm. 303, et les réf. cit.). Toutefois, la jurisprudence n'est pas en ce sens, et décide que le cessionnaire qui a notifié (ce qui est une faculté : Cass. com., 11 déc. 2001, n° 98-18.580 : [Juris-Data n° 2001-012130](#) ; *Bull. civ.* 2001, *IV*, n° 196), n'est pas tenu de déclarer la créance à la procédure collective du cédé (Cass. com., 14 mars 2000, n° 96-14.034 : [Juris-Data n° 2000-000986](#) ; *Bull. civ.* 2000, *IV*, n° 55 ; *RTD com.* 2000, p. 996, obs. M. Cabrillac ; *D.* 2000, p. 236, obs. Faddoul ; *RD bancaire et fin.* 2000, comm. 117, obs. D. Legeais), solution rendue à l'époque où la déclaration était la condition de survie de la créance. Il nous semble pourtant que le cessionnaire qui a choisi de notifier est à partir de là le seul habilité à déclarer devrait y être tenu, de ce fait ».

particulier, la créance, mais également qu'elle a un caractère polyvalent. C'est en raison de ces particularités que le rapport entre le cédant et le cessionnaire mérite quelques précisions importantes.

En droit français, par exemple, et contrairement à la règle selon laquelle le transfert s'opère *solo consensu*, le transfert de la créance a, depuis la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, un caractère solennel. Il est vrai qu'à la différence du droit français, le caractère solennel du transfert de la créance en droit colombien obéit aux règles générales s'appliquant au transfert des biens. Mais cela ne remet pas en cause la particularité du transfert opéré par la cession. D'autres aspects, tels que la garantie et le devoir spécial de coopération dus par le cédant, ainsi que la possibilité de réaliser un transfert temporaire, confortent cette analyse.

Quant à la garantie due par le cédant, elle est particulière aussi bien en droit français qu'en droit colombien. Le fait qu'elle soit limitée à l'existence de la créance et de ses accessoires s'explique précisément par l'incertitude entourant la réalisation du droit de créance²⁰⁶⁹. Il est vrai que les parties peuvent stipuler que le cédant sera tenu de la solvabilité du débiteur. Cependant, cette garantie n'est pas de la nature de la cession.

Pour ce qui est du devoir spécial de coopération pesant sur le cédant, il n'est expressément reconnu ni en droit français ni en droit colombien. Mais le silence de nos législateurs n'est pas un obstacle à sa reconnaissance. Un tel devoir est indispensable pour garantir que le cessionnaire pourra effectivement faire valoir la créance. D'ailleurs, de nombreux instruments européens et internationaux le reconnaissent expressément.

Quant à la possibilité de réaliser un transfert seulement temporaire de créance, outre le transfert définitif, elle résulte de ce que la cession est un contrat polyvalent : il permet la réalisation de différentes opérations juridiques, parmi lesquelles la réalisation d'un transfert aux fins de garantie. Dans une telle hypothèse, le transfert n'a pour finalité que d'assurer l'exécution d'une obligation principale, de sorte que la créance cédée a vocation à retourner dans le patrimoine du cédant une fois que l'exécution de la créance garantie a eu lieu. C'est précisément en raison du caractère temporaire du transfert que deux obligations spéciales pèsent sur le cessionnaire : celle de restituer la créance et celle de conserver la créance.

²⁰⁶⁹ J. LAURENT, *La propriété des droits*, op. cit., n° 468, p. 367 : « En revanche, sauf aménagement conventionnel, le cédant ne répond pas de l'insolvabilité du débiteur (art. 1694 du Code civil). La raison en est simple : le cédant ne répond que des vices affectant la chose cédée- la créance- et non d'éléments qui, tout en lui étant reliés indirectement, lui restent extérieurs. Au surplus, la créance, en raison de son objet- un service de la personne- présente un aspect prospectif déjà relevé. Sans aller jusqu'à parler de contrat aléatoire, il existe donc une part d'incertitude dans l'opération car, le droit tirant sa valeur de l'engagement du patrimoine du débiteur et celui-ci étant soumis à son pouvoir de disposition, il existe toujours un risque de non-paiement ».

CONCLUSION DU CHAPITRE I

739. Malgré l'application de certaines règles générales propres à tout contrat translatif, tant la formation que l'exécution du contrat de cession obéissent à des règles particulières. Deux raisons principales expliquent ce phénomène : la première est que la créance, objet de la cession, a un caractère spécial ; la seconde est que la cession, contrat translatif polyvalent, permet la réalisation de différentes opérations juridiques.

Concernant la conclusion de la cession, l'analyse des droits français et colombien révèle que nos législateurs promeuvent ce dispositif : l'assouplissement des formalités et l'élargissement des créances pouvant être objets de cession en témoigne. L'exigence d'un acte écrit pour la validité de la cession, tendance que nous avons constatée en droit français comme en droit colombien, bien que dans des domaines différents, ne remet pas en question cette conclusion. En effet, nous avons montré que l'exigence d'un écrit *ad validitatem* a en réalité pour but d'écarter une autre formalité plus lourde et dissuasive de la réalisation de la cession.

S'agissant des effets de la cession, même s'il existe des règles qui n'ont rien de spécial et qui s'expliquent simplement par le caractère translatif de la cession, il en existe d'autres qui, en revanche, ne peuvent s'expliquer que par la nature particulière de la cession.

Quant aux premières, on peut évoquer le transfert des accessoires de la créance, ainsi que les obligations de délivrance et de garantie. Le principe est que l'acte translatif comprend non seulement l'objet principal mais également ses accessoires, et que celui qui transfère un bien est tenu des obligations de délivrance et de garantie.

Quant aux secondes, il convient de distinguer entre les règles spéciales en raison du caractère particulier de l'objet de la cession, la créance, et les règles spéciales du fait du caractère polyvalent de la cession. Ainsi, le caractère restreint de la garantie -garantie de l'existence mais non de la solvabilité du débiteur-, et le devoir de coopération pesant sur le cédant s'expliquent par la nature particulière de la créance : indépendamment du caractère aléatoire ou non de la cession, la réalisation de la cession entraîne toujours une grande part d'incertitude. C'est pourquoi la garantie due par le cédant ne s'étend pas, sauf clause contraire, à la solvabilité du débiteur. En outre, et à propos du devoir de coopération, il est indéniable que le cédant est le mieux placé pour connaître le débiteur et pour fournir au cessionnaire toutes les informations et les documents nécessaires et utiles pour que celui-ci puisse faire valoir la créance.

En revanche, les obligations de restitution et de conservation s'expliquent par le caractère polyvalent de la cession. Ces deux obligations n'ont d'ailleurs lieu d'être que dans la cession aux fins

de garantie. C'est parce que dans cette dernière hypothèse le transfert de la créance n'est pas définitif, que les deux obligations évoquées sont mises à la charge du cessionnaire. Le rapport entre les parties et la cession étant ainsi précisé, il convient de se pencher à présent sur le rapport entre les tiers et la cession.

Chapitre II

La cession et les tiers

740. Le contrat a un effet relatif entre les parties, mais il a aussi des incidences sur la situation des tiers. En effet, si le contrat ne peut créer d'obligations qu'à l'égard des parties, les tiers sont néanmoins tenus de respecter la situation juridique créée par celui-ci. Le contrat a un rayonnement juridique au-delà des parties qui l'ont conclu²⁰⁷⁰. Afin de rendre compte de ce phénomène, tant le droit français que le droit colombien distinguent l'effet relatif du contrat de son opposabilité. Les auteurs soulignent qu'en vertu du principe d'opposabilité du contrat, les parties peuvent le faire respecter par les tiers qui, à leur tour, peuvent l'invoquer contre les parties²⁰⁷¹.

En droit français, cette distinction résultait d'une interprétation particulière de l'ancien article 1165 du Code civil dont la seule lecture littérale ne permettait pas d'aboutir à une telle conclusion. Avec la récente réforme du droit des contrats, le législateur a consacré deux dispositions spécifiques afin de clairement distinguer entre l'effet relatif du contrat à l'égard des parties et son opposabilité aux tiers. Ainsi, après avoir posé à l'article 1199 la règle selon laquelle « *Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties* »²⁰⁷², les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont précisé, à l'article 1200, que « *Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat* »²⁰⁷³. Indépendamment des interrogations pouvant naître de la rédaction de ces nouvelles dispositions, la doctrine majoritaire a salué la consécration expresse du principe d'opposabilité du contrat dans le Code civil²⁰⁷⁴.

En droit colombien, la doctrine majoritaire et la jurisprudence invoquent l'article 1602 du Code civil relatif à la force obligatoire du contrat pour expliquer la distinction entre l'effet relatif de celui-ci et son opposabilité aux tiers²⁰⁷⁵. Ainsi, le contrat ne peut créer d'obligations qu'à l'égard des parties conformément au principe de l'autonomie de la volonté, fondement de la force obligatoire du contrat. Les tiers, quant à eux, sont seulement tenus de respecter la situation juridique créée par le contrat. La prise en compte du fondement de la force obligatoire du contrat pour justifier la distinction

²⁰⁷⁰ Voir d'une manière générale à propos de ce principe en droit français : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, Les obligations*, t.II., *Contrat*, 6^e éd., Litec, 1998, n° 1467, p. 508 ; D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, *op. cit.*, n° 885, p. 461 ; O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, art. 1200, p. 430. En droit colombien : E. RAMÍREZ BAQUERO, *La ineficacia en el negocio jurídico*, Editorial Universidad del Rosario, 2008, p. 430.

²⁰⁷¹ T. JACOB, *Cession de créance et opposabilité*, thèse préc., n° 131, p. 77.

²⁰⁷² Voir l'alinéa 1^{er} du nouvel article 1199 issu de l'ordonnance du 10 février 2016.

²⁰⁷³ Voir l'alinéa 1^{er} du nouvel article 1200 issu de l'ordonnance du 10 février 2016.

²⁰⁷⁴ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 546, p. 464 ; N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.* p. 100 et s.

²⁰⁷⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 19 décembre 2006, Réf. 1999-00168-01, M. R. : Carlos I. Jaramillo Jaramillo.

entre l'effet relatif du contrat et son opposabilité aux tiers n'est pas complètement ignorée par la doctrine française²⁰⁷⁶.

741. Dès lors, si la cession est un contrat, il paraît évident de conclure qu'elle a un effet relatif entre les parties et qu'elle est seulement opposable à l'égard des tiers. Il s'agit de la conclusion unanimement admise en droit français, tant sous l'empire des dispositions originaires du Code Napoléon, qu'à la lumière des nouvelles dispositions issues de l'ordonnance du 10 février 2016.

Pour ce qui est des dispositions anciennes, il est vrai que la doctrine ne s'accordait pas au sujet des fonctions spécifiques de la signification et de l'acceptation de la cession par le débiteur dans un acte authentique consacrées à l'article 1690 du Code civil aux fins de « saisie » du cessionnaire à l'égard des tiers. Si pour la doctrine majoritaire, ces formalités avaient pour objet de rendre la cession publique, certains auteurs considéraient qu'elles servaient, en réalité, à mettre le cessionnaire en possession de la créance. D'autres affirmaient que le véritable rôle de ces formalités était d'accorder une date certaine à la cession et, par conséquent, d'éviter le risque d'antidate²⁰⁷⁷. Cependant, il convient dès à présent de préciser que la doctrine était unanime pour affirmer que ces formalités avaient pour finalité de rendre la cession opposable aux tiers. Autrement dit, ni la signification ni l'acceptation du débiteur dans un acte authentique n'avaient de rôle à jouer dans le transfert de la créance *inter partes*, comme c'était le cas, en revanche, pendant l'Ancien régime.

Quant aux dispositions issues de la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, ses rédacteurs ont abandonné l'exigence de signification ou d'acceptation dans un acte authentique pour que le cessionnaire soit saisi à l'égard des tiers. À partir du 1^{er} octobre 2016, et conformément au nouvel article 1323 du Code civil, « le transfert de la créance sera opposable aux tiers à la date de l'acte de cession devant être conclue par écrit, à peine de nullité »²⁰⁷⁸. On constate donc que le législateur a fait expressément référence à l'« opposabilité » de la cession aux tiers.

²⁰⁷⁶ En effet, certains auteurs français, tout en se référant à l'ancien article 1165 du Code civil, se demandaient si une interprétation *a contrario* de l'article 1134 du Code civil, concernant précisément la force obligatoire du contrat, ne suffirait pas à remplir les fonctions actuellement attribuées par l'article 1165 du même code : O. DESHAYES, « Précisions sur la nature et les fonctions de la règle d'effet relatif des contrats (effet relatif, prohibition et interprétation) », *Etudes offertes à Geneviève Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 334, note 1. *Contra* J. GHESTIN, « Les effets du contrat à l'égard des tiers », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco-belges*, art. préc., n° 9, p. 15 : « En revanche le principe de la force obligatoire du contrat serait impuissant à justifier qu'un tiers doive respecter l'obligation sous peine d'engager sa responsabilité délictuelle. Cette responsabilité ne naît pas du contrat lui-même, elle n'y trouve pas directement sa source, elle naît de la faute qu'il a commise pour ne pas avoir respecté un droit dont il connaissait l'existence grâce à la conclusion du contrat. Aussi, le principe de la force obligatoire du contrat et celui de l'autonomie de la volonté, en pouvant avoir pour cibles que les seuls contractants, sont sans application dans le champ des tiers ».

²⁰⁷⁷ V. *infra* n° 798 s.

²⁰⁷⁸ Voir en ce sens l'alinéa 1^{er} de l'article 1323 de l'ordonnance du 10 février 2016.

742. Contrairement au droit français, le recours à la notion d'opposabilité pour rendre compte de la situation des tiers par rapport à la cession n'est pas une évidence en droit colombien. Cette différence entre les deux systèmes juridiques conduit à s'interroger sur la pertinence ou non du recours à la notion d'opposabilité pour expliquer la situation des tiers par rapport à la cession. Ce sera donc l'occasion de montrer, dans un premier temps, que le recours à la notion d'« opposabilité » est pertinent pour analyser la situation des tiers par rapport à la cession (**Section I**). Cette reconnaissance exige que l'on précise, dans un second temps, la portée du recours à la notion de l'opposabilité dans ce domaine (**Section II**).

Section I- La pertinence du recours à la notion d'opposabilité

743. Des raisons propres au droit colombien expliquent l'incertitude quant à la pertinence du recours à la notion d'opposabilité pour expliquer le rapport entre les tiers et la cession. Cependant, à y regarder de plus près, on s'aperçoit que cette incertitude n'est pas fondée. Il sera ainsi tout d'abord question de préciser en quoi consistent ces doutes en droit colombien (§1), avant de donner quelques explications en vue de les lever (§2).

§1- Les doutes en droit colombien

744. On sait que la doctrine majoritaire colombienne et la jurisprudence considèrent que la cession n'est pas un contrat *stricto sensu*²⁰⁷⁹. En raison de la distinction clairement opérée entre le titre et le mode d'acquisition des biens, l'analyse prédominante en droit colombien envisage la cession comme l'acte de tradition de la créance. La cession est donc analysée en tant qu'acte exclusivement de disposition au sens du droit allemand, à cette différence près qu'il ne s'agit pas d'un acte abstrait²⁰⁸⁰. En d'autres termes, la cession serait l'acte permettant l'exécution de l'obligation de donner la créance. C'est précisément cette conception qui est à l'origine de doutes sur la pertinence du recours à la notion d'opposabilité pour expliquer le rapport entre les tiers et la cession²⁰⁸¹.

745. En règle générale, la tradition ou mode d'acquisition d'un bien est un acte juridique ayant un effet *erga omnes*, ce qui signifie que sa réalisation entraîne le transfert vis-à-vis des parties et

²⁰⁷⁹ V. *supra* n° 154 et s.

²⁰⁸⁰ V. *supra* n° 134, n° 156 et s.

²⁰⁸¹ Voir à ce propos : M.-E. CAMACHO LÓPEZ, *Cesión de créditos : del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, *op. cit.*, p. 399-401. Cependant, certains auteurs, tout en reconnaissant que la cession serait une espèce d'acte de tradition, se servent du terme « opposabilité » pour expliquer les effets de la cession à l'égard des tiers : F.-A. CASTILLO MAYORGA, « La cesión de crédito », art. préc., p. 422-423 ; G. OSPINA FERNANDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, *op. cit.*, n° 461, p. 300 ; F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, *op. cit.*, n° 335 p. 435.

des tiers²⁰⁸². Ainsi, il n'est pas exact de distinguer, en matière d'acte de tradition, entre l'effet relatif de l'acte et son opposabilité ; autrement dit, l'acte de tradition ou de disposition rayonne à l'égard de tous²⁰⁸³. Par exemple, en matière immobilière, l'inscription, acte de tradition, opère le transfert du bien tant à l'égard des parties qu'à l'égard des tiers, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre l'effet relatif de l'inscription et son opposabilité aux tiers.

746. C'est peut-être la raison pour laquelle la doctrine majoritaire colombienne ne se réfère pas à l'« opposabilité » mais plutôt à l'« efficacité » de la cession à l'égard des tiers. Par ailleurs, le législateur colombien utilise à l'article 1960 du Code civil le terme d'« efficacité » et non celui d'« opposabilité » pour se référer aux effets, à l'égard des tiers, de la notification ou de l'acceptation de la cession par le débiteur.

747. Cette particularité pourrait aussi expliquer qu'il n'existe pas de débat très important en droit colombien à propos de la détermination des « tiers » à la cession. L'acte de tradition étant censé avoir une efficacité *erga omnes*, la précision des « tiers » à l'acte de tradition ne serait pas nécessaire²⁰⁸⁴. Le même constat peut être fait au sein d'autres systèmes juridiques d'inspiration germanique, tel le droit suisse. En effet, au moment d'analyser les effets de la cession de créance, on s'aperçoit que les auteurs de ces pays ne traitent pas de la question de la détermination des « tiers »²⁰⁸⁵.

748. L'analyse de la cession en un acte exclusivement de disposition est donc à l'origine d'incertitudes portant sur la pertinence d'employer la notion d'« opposabilité » pour expliquer les effets de la cession à l'égard des tiers. Cependant, ces doutes ne semblent pas solidement fondés.

²⁰⁸² Cela s'explique par le fait que l'acte de tradition ou de disposition a un effet réel : voir E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op. cit., n° 744, p. 459-460.

²⁰⁸³ E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, *ibidem*, n° 77, p. 55 : « A ce caractère strictement relatif des obligations s'oppose en droit allemand le caractère réel, et opposable *erga omnes*, des droits absolus (*Herreschaftsrechte*). Or, le contrat de cession de créance en droit allemand, acte de disposition (*Verfügungsgeschäft*) semblable à ceux qui sont réglés par le droit des biens est précisément un contrat réel, opposable *erga omnes* ».

²⁰⁸⁴ Cependant, certains auteurs, s'inspirant de la doctrine et de la jurisprudence françaises, affirment que la catégorie des « tiers » en matière de cession de créance ne comprendrait que le débiteur de la créance cédée, les créanciers et les ayants cause à titre particulier du cédant : F.-A. CASTILLO MAYORGA, « La cesión de crédito », art. préc., p. 422 ; F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, op. cit., n° 335, p. 435. Pour une distinction entre les tiers relatifs et les tiers absolus en matière de cession de créance : M.-E. CAMACHO LOPEZ, *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, op. cit., p. 400.

²⁰⁸⁵ Voir par exemple P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, op. cit., n° 273 et s, p. 871-893 où l'on peut en effet constater que l'auteur ne traite pas de la situation des tiers à la cession.

§2- La levée des doutes

749. En dépit des incertitudes autour de la nature juridique de la cession de créance en droit colombien, nous avons pu montrer qu'elle a été conçue comme un contrat spécial, même s'il ne s'agit pas d'un contrat autonome²⁰⁸⁶. Plus précisément, la cession est un contrat permettant la réalisation de différentes opérations juridiques et entraînant, indirectement, à la différence du droit français, le transfert d'une créance du patrimoine du cédant dans celui du cessionnaire. Ainsi consacrée par le législateur colombien, la cession n'est donc pas un acte abstrait de disposition²⁰⁸⁷, mais un contrat ou titre d'acquisition. La distinction entre l'effet relatif du contrat et son opposabilité aux tiers reste pertinente pour expliquer les effets de la cession à l'égard des tiers, comme c'est le cas également pour les autres contrats.

750. Toutefois, même si en droit colombien on envisageait la cession comme un acte exclusivement de disposition, la distinction entre son effet relatif et son opposabilité aux tiers ne serait pas complètement dénuée de sens. La raison de ce postulat tient à ce que le législateur colombien, en s'éloignant de la règle en matière d'acte de tradition, aurait en quelque sorte opéré une dissociation entre l'efficacité de l'acte *inter partes* et l'égard des tiers. Plus précisément, la remise du titre, acte de tradition de la créance²⁰⁸⁸, serait nécessaire pour le transfert de la créance du patrimoine du cédant dans celui du cessionnaire. Cependant, une telle remise ne serait pas suffisante pour garantir l'efficacité absolue du transfert à l'égard des tiers. En raison de l'influence du Code Napoléon, la notification de la cession au débiteur ou son acceptation seraient tout de même nécessaires pour renforcer l'efficacité de la cession à l'égard des tiers²⁰⁸⁹. Ainsi, la consécration de certaines formalités autres que celle de la remise du titre, afin précisément de renforcer la position du cessionnaire en cas de conflit avec le titulaire d'un droit concurrent sur la créance par exemple, justifierait la distinction entre l'effet relatif de la cession en tant qu'acte de tradition et son opposabilité aux tiers.

751. Par ailleurs, il est intéressant de souligner que dans les systèmes juridiques qui considèrent la cession de créance comme un acte abstrait de disposition, tel le droit allemand, la référence à l'« opposabilité » n'est pas complètement absente, mais si elle n'y a pas la même signification. En effet, on peut constater que s'agissant de ces systèmes juridiques, les auteurs utilisent

²⁰⁸⁶ V. *supra* n° 283 s.

²⁰⁸⁷ V. *supra* n° 208 et s.

²⁰⁸⁸ Voir en ce sens l'article 761 du Code civil colombien.

²⁰⁸⁹ Voir en ce sens l'article 1963 du Code civil colombien.

parfois le terme « opposabilité » pour faire allusion à l'efficacité *erga omnes* de l'acte de disposition²⁰⁹⁰. Certes, le recours à la notion d'« opposabilité » dans l'hypothèse mentionnée n'a pas pour finalité de distinguer entre les effets de l'acte à l'égard des parties et à l'égard des tiers comme c'est le cas en droit français et en droit colombien par exemple. Cependant, il n'en est pas moins vrai que l'on peut faire référence à l'opposabilité *erga omnes* de l'acte de disposition pour évoquer précisément l'idée de son efficacité à l'égard des tiers.

752. **CONCLUSION DE LA SECTION I.** Les analyses précédentes nous ont permis de démontrer la pertinence, en droit français comme en droit colombien, du recours à la notion d'« opposabilité » pour expliquer le rapport entre les tiers et la cession. Il reste encore à déterminer la portée du recours à la notion d'opposabilité dans le domaine particulier de la cession de créance.

Section II- La portée du recours à la notion d'opposabilité

753. On sait que la cession de créance a pour objet et pour effet le transfert d'une créance du patrimoine du cédant dans celui du cessionnaire. La cession, contrat spécial, produit, outre un effet translatif, d'autres effets, notamment de nature obligationnelle²⁰⁹¹. Cette précision est importante car elle permet de comprendre la distinction entre les aspects obligationnels et les aspects réels de la cession de créance²⁰⁹². Cette différenciation met aussi en évidence l'impossibilité de faire de l'« opposabilité » une notion absolue. Lorsque l'on fait référence à l'« opposabilité », il est nécessaire de bien identifier l'effet spécifique que l'on veut invoquer. Ainsi, une chose est de faire référence à l'opposabilité du transfert qui résulte de la cession, autre chose est de réduire l'opposabilité de la cession à cet aspect. De plus, il convient de rappeler qu'à l'égard du débiteur de la créance cédée, en raison de sa situation particulière, il ne s'agit pas d'une question d'opposabilité de la cession mais d'efficacité à son égard de la modification du lien d'obligation opérée par la cession²⁰⁹³. Il en va de même de la situation de la caution étant donné sa qualité de débiteur²⁰⁹⁴. Ce constat met en évidence la nécessité de reconnaître la relativité de la notion d'« opposabilité » de la cession aux tiers (§1) ; une

²⁰⁹⁰ F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997, n° 196, p. 227 : « L'acte de disposition (*verfügungsgeschäft*), lui, est l'acte juridique par lequel un droit est directement transmis, grevé, modifié ou supprimé. Cet acte sera opposable à tous, contrairement aux actes créateurs d'obligations qui n'ont qu'un effet relatif. L'acte de disposition modifie l'ordre d'attribution des biens, il diminue l'actif de celui qui dispose de son droit. Souvent, il s'agira d'actes relevant du droit des biens (par exemple l'accord réel par lequel-en combinaison avec un acte réel d'exécution-la propriété de la chose est transférée par le vendeur à l'acheteur) » (nous soulignons) ; E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op. cit., n° 99, p. 66 : « La notion d'acte de disposition (*verfügung*) n'est pas définie par le Code civil allemand. Sa caractéristique essentielle est d'être opposable à tous, bien que le droit allemand n'emploie pas cette terminologie, se référant plutôt à l'effet réel du contrat ».

²⁰⁹¹ V. *supra* n° 210.

²⁰⁹² Voir en ce sens la distinction proposée entre le contenu obligationnel et la force obligatoire du contrat : P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. préc., n° 13, p. 779.

²⁰⁹³ V. *supra* n° 302 : La qualité spéciale du débiteur dans le cadre de la cession : sujet passif de la modification de l'obligation.

²⁰⁹⁴ V. *supra* n° 475.

relativité qui oblige en conséquence d'admettre l'existence d'un dualisme quant au régime d'opposabilité de la cession aux tiers (§2).

§1- La relativité de la notion

754. On peut faire le constat d'un amalgame entre l'opposabilité du contrat de cession et l'opposabilité de l'effet translatif consécutif. Il s'agit toutefois d'une confusion propre au droit français (A) qui doit être remise en question (B).

A- La confusion, en droit français, entre opposabilité du contrat de cession et opposabilité de l'effet translatif consécutif

755. La confusion entre l'opposabilité du contrat de cession et l'opposabilité du transfert qui en résulte est propre au droit français. D'une manière générale, l'opposabilité du contrat est définie, en droit français, comme un principe en vertu duquel la situation juridique créée par le contrat produit des effets au-delà des parties. Plus précisément, cela signifie que si les parties ont le droit de se prévaloir du contrat contre les tiers, ceux-ci peuvent aussi invoquer l'existence du contrat en leur faveur²⁰⁹⁵. Ainsi présentée, l'opposabilité du contrat apparaît comme un principe absolu et univoque. La référence à l'opposabilité *erga omnes* du contrat conforte cette idée²⁰⁹⁶.

756. Les effets produits par le contrat sont nombreux. La référence à l'opposabilité du contrat est donc ambiguë car elle laisse entendre que le contrat en général, sans viser aucun effet en particulier, est opposable *erga omnes*²⁰⁹⁷. La cession de créance n'échappe pas à ce phénomène. La doctrine majoritaire française affirmait, sous l'empire des dispositions anciennes, que le Code civil exigeait, pour l'opposabilité de la cession aux tiers, la signification par huissier au débiteur ou son

²⁰⁹⁵ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1155, p. 435 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. I, *L'acte juridique, op.cit.*, n° 432, p. 449 : « Dire que le contrat est opposable aux tiers n'implique aucune agressivité particulière à leur endroit. La véritable signification de la formule est en vérité parfaitement neutre : elle signale seulement que le contrat est un élément de la vie sociale dont les tiers doivent tenir compte. À ce titre, ils sont aussi bien tenus d'en supporter les conséquences- ce qui peut leur être préjudiciable- que de s'en prévaloir- ce qui peut au contraire leur constituer un avantage. En bref, cela signifie que l'opposabilité du contrat comporte deux aspects : la situation créée par le contrat peut, indifféremment, être invoquée par les tiers, ou contre eux ».

²⁰⁹⁶ R. WINTGEN, *Etude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, Préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004, n° 120, p. 113 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VII, Rousseau, Paris, 1933, n° 703 ; A. WEILL, *La relativité des conventions en droit privé français*, thèse Strasbourg, 1938, n° 253.

²⁰⁹⁷ J. GHESTIN, « Les effets du contrat à l'égard des tiers », art. préc., n° 6, p. 12 : « L'une des difficultés de la matière tient à la diversité des effets des conventions. Elles font naître des obligations et elles les éteignent. Mais elles réalisent la création ou le transfert de droits réels, par définition opposable à tous (...). Ces observations suffisent à montrer que l'opposabilité du contrat ne peut guère être envisagée indépendamment de celle des droits subjectives et des situations juridiques en général ».

acceptation dans un acte authentique²⁰⁹⁸. Cependant, les auteurs n'indiquaient pas toujours l'objet précis d'une telle opposabilité²⁰⁹⁹.

757. L'un des principaux signes de la confusion au sein de la doctrine française entre l'opposabilité générale du contrat de cession et l'opposabilité de l'effet translatif qui en découle, est la critique exprimée par certains auteurs à l'encontre de la jurisprudence qui accorde un caractère restreint à la notion de « tiers » au regard de l'article 1690 du Code civil²¹⁰⁰. En remettant en cause la portée limitée de la signification et de l'acceptation dans un acte authentique, ces auteurs accordent au terme « opposabilité » un sens moniste se traduisant par une conception large du terme « tiers » dans le cadre de la cession. Pour eux, la signification ou l'acceptation seraient donc des formalités nécessaires pour l'opposabilité *erga omnes* de la cession de créance. Afin de mieux comprendre en quoi une telle critique témoigne de cette confusion entre opposabilité du contrat de cession en général et opposabilité du transfert en particulier, rappelons qu'il existe en droit français un débat vigoureux à propos des « tiers » concernés par la cession²¹⁰¹.

S'agissant de la cession de droit commun, malgré le caractère général du vocable « tiers » utilisée par les rédacteurs du Code Napoléon à l'article 1690, la jurisprudence l'a interprété de manière restreinte. La Cour de cassation a en effet précisé, dans un arrêt du 4 décembre 1985, que « *les tiers, au sens de l'article 1690, ne sont que ceux qui sans avoir conclu la cession de créance ont intérêt à ce que le cédant reste créancier* »²¹⁰². Cette formule a été reprise dans un arrêt du 4 juin 2014²¹⁰³. Cependant, il est intéressant de relever que si la Cour de cassation s'est servie du même attendu dans les deux arrêts, elle l'a fait dans deux hypothèses différentes.

²⁰⁹⁸ Conformément aux formalités prévues à l'article 1690 du Code civil, alors applicable à la cession de créance.

²⁰⁹⁹ Voir par exemple : J. GHESTIN, « Les effets du contrat à l'égard des tiers », art. préc., n° 35, p. 55-56 : « *Dans l'un ou l'autre cas, la cession de créance n'est pas opposable de plein droit. Elle ne le devient que moyennant le respect des formalités de l'article 1690 ou tout au moins par la reconnaissance qu'en a faite le tiers* » ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op. cit., n° 1411, p. 797 ; Ph. KAIGL, « Les cessions d'obligations », art. préc., p. 98 : « *Le seul véritable formalisme de la cession de créance dans le Code civil d'origine résidait dans la signification prévue à l'article 1690 du Code civil. L'article 1690 n'était pas une condition de validité de la cession de créance mais une condition d'opposabilité* ».

²¹⁰⁰ Certains auteurs se réfèrent expressément au fait que le législateur français aurait consacré, à l'article 1690 du Code civil, un mécanisme de publicité *erga omnes* de la cession : E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles des créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, op. cit., n° 63, p. 45 ; A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, op. cit., n° 243, p. 311 : « *C'est donc à travers la personne du débiteur cédé, qui sert de siège à la publicité de la cession, que celle-ci produit ses effets erga omnes. La jurisprudence cantonne cependant l'exigence du respect de ces formalités aux seuls cas où des tiers ont un intérêt à ce que le cédant soit encore créancier* » ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1284, p. 1332 : « *Faute des restrictions comparables à celles qui résultent des textes sur la publicité foncière, tout tiers lésé peut invoquer le défaut d'accomplissement de la formalité prévue à l'article 1690* ».

²¹⁰¹ Par ailleurs, il est intéressant de souligner que la même discussion a eu lieu au sein de la doctrine belge sous l'empire de l'ancienne législation. Rappelons qu'avant la réforme opérée par une loi en 1994, le droit commun de la cession de créance en droit belge correspondait à celui du droit français avant la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016. Voir à propos de la discussion sur la notion de tiers : I. CORBISSIER, « Les différents tiers au contrat, rapport belge », *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco-belges*, M. Fontaine et J. Ghestin (dir.), LGDJ 1992, n°s 18 et 19, p. 108 – 110.

²¹⁰² Cass. civ. 1^e, 4 déc. 1985, *Bull. civ. I*, n° 336 ; RTD civ. 1986, 349, obs. J. Mestre.

²¹⁰³ Cass. civ. 1^e, 4 juin 2014, n° 13-17077, *Bull. civ. I*, n° 100 ; RDC 2014, n° 4, p. 618, obs. R. Libchaber ; JCP E 2014, 1502, et JCP G 2014, 1582, note J. François.

Dans la première affaire, une créance garantie par un nantissement de parts sociales avait été cédée en 1973. Cette cession n'avait été ni signifiée ni acceptée par le débiteur de la créance cédée. L'un des créanciers du débiteur de la créance cédée, le Trésor public, avait saisi les parts en 1977. Entre temps, le cessionnaire avait poursuivi la réalisation du gage qui lui avait finalement été attribué en 1980. Le Trésor public, créancier du débiteur de la créance cédée, demanda alors que le jugement d'attribution du gage lui soit déclaré inopposable. Il invoqua, en faveur de cette inopposabilité, l'absence de formalités de l'article 1690 du Code civil. Ce raisonnement avait été admis par la Cour d'appel qui avait argué le fait que le cessionnaire de la créance, qui s'était fait attribuer les parts, disposait d'un droit inopposable au Trésor. Néanmoins, la Cour de cassation remit en question ce raisonnement et décida que le gage était opposable au Trésor, indépendamment du titulaire de la créance. En d'autres termes, étant donné que le Trésor public n'avait pas intérêt à ce que le cédant restât créancier, il ne pouvait invoquer le défaut des formalités de l'article 1690 du Code civil pour bénéficier de l'inopposabilité de la cession en sa faveur²¹⁰⁴.

Dans la seconde affaire, en revanche, le cessionnaire d'une créance de prix avait signifié la cession au débiteur de cette créance. Malgré cette signification, le débiteur consigna le prix entre les mains d'une chambre des notaires, dépositaire des fonds. La chambre des notaires, ayant reçu un avis à tiers détenteur, s'acquitta donc d'une partie du prix entre les mains du Trésor public²¹⁰⁵. Le cessionnaire chercha alors à engager la responsabilité de la chambre des notaires pour avoir payé entre les mains du Trésor public, malgré la signification de la cession au débiteur de la créance cédée. Le juge du fond refusa d'engager la responsabilité de la chambre des notaires ce qui conduisit le cessionnaire à se pourvoir en cassation. C'est à cette occasion que la Cour de cassation réaffirma, afin de confirmer la décision du juge du fond quant à l'exclusion de la responsabilité de la chambre des notaires, le critère selon lequel ne sont des tiers, au sens de l'article 1690, « *que ceux qui, n'ayant pas été parties à l'acte de cession, ont intérêt à ce que le cédant soit encore créancier* ». La chambre des notaires n'ayant pas intérêt à ce que le cédant soit encore créancier, elle ne serait pas concernée par les formalités de l'article 1690 du Code civil. En d'autres termes, la signification ou l'acceptation de la cession par le débiteur ne protégerait le cessionnaire que dans l'hypothèse d'un conflit avec le titulaire d'un droit concurrent sur la créance, ce qui ne se vérifiait pas en l'espèce.

²¹⁰⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op.cit.*, n° 1413, p. 799, note 31.

²¹⁰⁵ L'intervention de la chambre des notaires, dépositaire des fonds, dans le processus de paiement s'explique par la particularité de l'affaire. En l'espèce, un notaire avait vendu à son associé les parts sociales qu'il détenait dans la SARL. Postérieurement, le notaire, créancier de la créance de prix, céda sa créance. L'associé, débiteur de la créance du prix, consigna le prix entre les mains de la chambre des notaires. Il est d'usage, en matière de vente d'office notarial, que le prix de cession soit séquestré auprès de la chambre des notaires. La finalité de cet usage est de permettre aux services des impôts de prélever les dernières sommes qui pourraient être dues entre la date de cession et la date d'enregistrement et de publication de celle-ci au Journal officiel.

La doctrine majoritaire n'est pas unanime quant à la portée de cette jurisprudence. Certains auteurs affirment qu'en se référant au critère de l'« intérêt » à invoquer l'inopposabilité de la cession, la Cour de cassation a ouvert la porte à une acceptation large du terme « tiers » qui désignerait toute personne lésée par la réalisation de la cession. Le risque serait d'y inclure aussi les créanciers du débiteur de la créance cédée et l'ensemble de créanciers du cédant en cas de procédure collective²¹⁰⁶. D'autres considèrent cependant que la formulation employée par la Cour de cassation est favorable à une acception étroite du terme « tiers », au contraire de la conception retenue dans la théorie générale du contrat : outre la non-participation à la conclusion du contrat de cession, l'existence d'un intérêt à ce que le cédant reste créancier est nécessaire²¹⁰⁷. Ainsi, ce second groupe d'auteurs inclut dans la catégorie de tiers non seulement les ayants cause à titre particulier du cédant -tels un second cessionnaire, un créancier bénéficiaire d'un nantissement sur la créance ou un créancier saisissant-, mais également les créanciers du cédant en cas de procédure collective²¹⁰⁸.

758. Indépendamment de la position adoptée, est-il vraiment possible de considérer qu'il n'y a qu'une seule catégorie de « tiers » à la cession ? Ne faudrait-il pas plutôt conclure que le terme « tiers » utilisé par nos législateurs dans le cadre des dispositions relatives à la cession de créance a pour finalité de déterminer les personnes affectées ou touchées par le transfert de la créance, et non, d'une manière générale, les tiers au contrat de cession ? Cette distinction permettrait de mieux comprendre pourquoi la chambre des notaires, dans l'hypothèse analysée par la Cour de cassation française²¹⁰⁹, n'est pas un « tiers » au transfert dans la mesure où la cession ne risque de mettre en péril aucun droit qu'elle a pu acquérir sur la créance, mais qu'elle reste pourtant un « tiers » au contrat de cession. Cette précision n'a pas qu'un intérêt purement théorique. Nous le verrons, c'est parce que la chambre des notaires reste un « tiers » au contrat de cession qu'elle pourrait voir sa responsabilité engagée si, malgré sa connaissance du contrat de cession, elle réalise tout de même un paiement entre les mains du fisc²¹¹⁰.

759. Malheureusement, la récente réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 ne résout pas la confusion entre l'opposabilité générale du contrat de cession et celle particulière du transfert qui en résulte. En effet, les nouvelles dispositions relatives à l'opposabilité de la cession ne

²¹⁰⁶ J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil, Les obligations*, t. IV, Régime général, 3^e éd., *op. cit.*, n° 375, p. 399 : «*Seulement, si la Cour de cassation avait voulu s'en tenir à l'acception traditionnelle du mot tiers, elle aurait pu plus simplement juger que le créancier en cause n'avait aucun droit à faire valoir sur la créance cédée. Au contraire, en se référant au seul critère tiré de l'intérêt du tiers concerné à invoquer l'inopposabilité de la cession, elle a ouvert la porte à un élargissement circonstancié de la catégorie des tiers protégés par l'article 1690* ».

²¹⁰⁷ G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, thèse préc., n° 68, p. 68.

²¹⁰⁸ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op.cit.*, n° 1413, p. 799.

²¹⁰⁹ Voir Cass. civ. 1^e, 4 juin 2014, n° 13-17077, préc.

²¹¹⁰ V. *infra* n° 817 s.

sont pas très claires quant à l'objet précis de l'opposabilité. Par exemple, le nouvel article 1324 prévoit que « *La cession n'est opposable au débiteur, s'il n'y a déjà consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte* » sans que l'on puisse savoir si le législateur, en se référant à la cession, a voulu signifier le contrat en général ou seulement le transfert qui en résulte. Le doute est permis car, à la différence de l'article 1324, le nouvel article 1323 du Code civil ne fait pas référence à l'opposabilité de la cession mais, plus précisément, à l'opposabilité du transfert aux tiers. Même si la plupart des commentateurs font indistinctement référence à l'opposabilité de la cession ou à celle du transfert²¹¹¹, il est légitime de se demander si la diversité des termes employés par les rédacteurs de la réforme ne témoigne pas de la réalité et de la nécessité d'une distinction entre l'opposabilité du contrat de cession et celle du transfert qui en résulte²¹¹².

760. Si la détermination des « tiers » à la cession est une tâche difficile en droit commun, il en va de même dans le domaine du droit spécial, notamment en ce qui concerne la cession Dailly. Malgré les termes généraux de l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier, la jurisprudence refuse d'accorder la qualité de « tiers », mentionnée dans cette disposition, au banquier réceptionnaire des fonds du cédant dans l'hypothèse d'un conflit avec le cessionnaire de la créance. Cela signifie, plus précisément, que le cessionnaire Dailly ne peut invoquer la cession à l'encontre du banquier réceptionnaire du cédant lorsque le débiteur de la créance cédée a réalisé un paiement libératoire entre les mains de celui-ci. L'argument avancé par la Cour de cassation réside dans le fait que le banquier réceptionnaire des fonds agit au nom et pour le compte du cédant. Il n'aurait donc pas de droit concurrent sur la créance à faire valoir contre le banquier cessionnaire²¹¹³. Faudrait-il donc conclure que la cession Dailly n'est opposable qu'à un groupe déterminé de personnes ? Ne serait-il pas plus pertinent d'admettre que le critère du « *droit concurrent* » n'est utile que pour déterminer les « tiers » au transfert opéré par la cession Dailly, indépendamment de l'opposabilité générale du contrat ?

²¹¹¹ Est assez révélateur de ce phénomène le fait que certains auteurs soulignent, en se référant à la récente réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, que conformément au nouvel article 1323 du Code civil issu de ladite ordonnance, la connaissance du contrat par les tiers est indifférente pour l'opposabilité du contrat de cession aux tiers : O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., art. 1200, p. 431. Cependant, une lecture attentive de l'article cité révèle que le législateur a fait référence à l'opposabilité du transfert issu de la cession et non au contrat de cession lui-même.

²¹¹² Voir en ce sens : « M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IX) », *LPA*, 26 avril 2016, art. préc., spéc. art. 1323. Rapp. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 868, p. 743 qui semblent admettre implicitement la distinction entre l'opposabilité du contrat de cession et celle du transfert qui en résulte afin de permettre au débiteur de la créance cédée d'invoquer en sa faveur le contrat de cession malgré le défaut de notification ou de la prise d'acte de la cession.

²¹¹³ Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, op. cit., n° 756, p. 559. Et plus spécialement n° 757, p. 560 : « *Autrement dit, les tiers, dont fait état l'article 4 (art. L. 313-27), ne peuvent être, à l'évidence, que « ceux qui ont acquis ou qui entendent faire valoir un droit sur la créance dont la cession leur est opposée. Or, le banquier réceptionnaire ne prétendant pas avoir de droit sur la créance cédée, il n'est pas un tiers au sens de ce texte et n'est donc pas concerné par la règle de l'opposabilité qui est ainsi inopérante pour mettre à sa charge une obligation de restitution ».*

761. Cet amalgame entre l'opposabilité du contrat en général et l'opposabilité du transfert qui en résulte n'est pas exclusif au domaine de la cession de créance. Les analyses du principe d'opposabilité du contrat aux tiers proposées par une partie importante de la doctrine en témoignent. Certains auteurs considèrent que la problématique autour du principe d'opposabilité du contrat aux tiers se réduit en général à la question de savoir si, « *en l'absence de publicité légale, le contrat est opposable par le seul fait qu'il existe ou s'il faut que les tiers n'aient une connaissance personnelle* »²¹¹⁴. Si la publicité peut être nécessaire pour l'opposabilité d'un effet particulier du contrat, notamment le transfert du bien dans le cas d'un contrat dit translatif, cela ne signifie pas qu'elle soit requise pour l'opposabilité du contrat en général²¹¹⁵.

762. En outre, cette identification de l'opposabilité du contrat de cession à l'opposabilité du transfert qui en résulte peut s'expliquer par la conception largement admise en droit français selon laquelle le transfert d'un bien est un effet direct du contrat et non le résultat de l'exécution d'une obligation de donner²¹¹⁶. Par ailleurs, rappelons qu'il s'agit de la thèse consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016²¹¹⁷. Ainsi, la conception selon laquelle le transfert est un effet direct du contrat pourrait expliquer la tendance à cette assimilation.

763. Si une telle confusion n'a pas lieu d'être en droit colombien, à tout le moins de manière ouverte, cela s'explique par le fait que celui-ci distingue clairement entre le contrat, acte créateur d'obligations, et la tradition, acte permettant l'exécution de l'obligation de donner ou le transfert effectif du bien d'un patrimoine dans un autre²¹¹⁸. Ainsi, la référence à l'opposabilité du contrat aux tiers évoque l'incidence, à l'égard des tiers, de l'acte créateur d'obligations, alors que l'« opposabilité » de l'acte de tradition ne concerne que l'efficacité de l'effet translatif. En d'autres termes, la référence à l'opposabilité du contrat, au sens strict du terme, ne renvoie qu'au respect, par les tiers, de l'acte créateur d'obligations entre les parties.

²¹¹⁴ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat, op. cit.*, n° 739, p. 796.

²¹¹⁵ Voir not. R. WINTGEN, *Etude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand, op. cit.*, n° 125, p. 117-119, spéc. p. 119 : « *L'inopposabilité pour défaut de publicité ne peut donc nullement être analysée comme un « défaut d'intégration de ce contrat dans l'ordre juridique ». Le contrat translatif non publié est très bien intégré dans l'ordre juridique et les tiers qui y portent atteinte peuvent par conséquent engager leur responsabilité délictuelle. L'inopposabilité pour défaut de publicité signifie donc simplement qu'un des effets du contrat, l'effet translatif, ne se produit pas à l'égard des tiers* ».

²¹¹⁶ Voir *supra* n° 134.

²¹¹⁷ En effet, le nouvel article 1196 du Code civil dispose que « *dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat* », en consacrant ainsi la règle dite du transfert *solo contractus* : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 532, p. 452-453.

²¹¹⁸ V. *supra* n° 134.

Pour ce qui est de la cession de créance, on sait que la doctrine majoritaire et la jurisprudence l'analysent en un acte de tradition. Ainsi, lorsque les auteurs font référence à l'opposabilité de la cession, ils le font dans le seul intérêt de déterminer à partir de quel moment se produit l'effet translatif à l'égard des tiers²¹¹⁹. Pour ces auteurs, la cession de créance est un acte réel de disposition et ils ne s'intéressent donc pas aux effets obligationnels du contrat ayant donné lieu au transfert.

764. Si la tendance dominante est à faire de l'« opposabilité » une notion générale et, par conséquent, à accorder à la catégorie de « tiers » un caractère homogène, elle est pourtant contestable. La confusion entre l'opposabilité générale du contrat et celle du transfert qui en résulte doit être abandonnée.

B- Remise en cause de la confusion entre opposabilité du contrat de cession et opposabilité de l'effet translatif consécutif

765. L'analyse selon laquelle la cession de créance est un acte exclusivement de disposition n'est recevable ni en droit français ni en droit colombien²¹²⁰. La cession est un contrat ayant des effets tantôt obligationnels, tantôt réels. Cette précision est importante car elle permet de comprendre la distinction entre les aspects obligationnels de la cession de créance et son effet réel : le transfert de la créance.

766. Cette différenciation est plus aisée à comprendre en droit colombien qu'en droit français parce que le législateur colombien, à l'instar du législateur allemand, a clairement distingué entre le contrat, acte créateur de l'obligation de donner, et la tradition, acte de disposition permettant l'exécution de l'obligation de donner. Cependant, et contrairement au droit allemand, la cession de créance n'y a pas été conçue comme un acte exclusivement de disposition. En raison de l'influence du Code de Napoléon, la cession a été conçue comme un contrat *stricto sensu*, c'est-à-dire comme un acte créateur d'obligations et plus précisément l'acte créateur de l'obligation de donner ou de transférer une créance²¹²¹. Pour que celle-ci passe du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire, un acte de tradition est requis, qui consiste dans la remise par le cédant au cessionnaire d'un titre constatant la créance et comprenant certaines mentions obligatoires²¹²².

²¹¹⁹ F.-A. CASTILLO MAYORGA, « La cesión de crédito », art. préc., p. 422.

²¹²⁰ V. *supra* n° 193 s.

²¹²¹ V. *supra* n° 278.

²¹²² Rappelons que l'article 1961 du Code civil colombien dispose que la remise du titre doit avoir la signature du cédant avec l'indication du cessionnaire et la note précisant que la cession de créance a eu lieu.

767. Dès lors, l'opposabilité du contrat de cession, acte créateur de l'obligation de transférer la créance, ne doit pas être confondue avec l'opposabilité de l'effet translatif. C'est cette dernière qui a lieu, en droit colombien, lors de la remise d'un titre par le cédant au cessionnaire. Cependant, nous verrons que contrairement au principe en matière d'acte de tradition, la remise du titre n'est pas suffisante pour régler les éventuels conflits entre les titulaires d'un droit concurrent sur la créance. Si le législateur colombien s'est écarté de la règle en matière de cession de créance, cela s'explique par l'influence du Code Napoléon. À l'instar de celui-ci, le législateur colombien a disposé, pour l'efficacité de la cession à l'égard des tiers, qu'une notification ou l'acceptation de la cession par le débiteur était requise. Ces formalités ne sont nécessaires que pour la pleine efficacité du transfert à l'égard des tiers²¹²³ et n'ont aucun rôle à jouer en ce qui concerne l'opposabilité générale du contrat de cession.

768. Par ailleurs, la distinction entre l'opposabilité du contrat de cession et celle de son effet translatif n'est pas inconnue de la doctrine française. En admettant que les formalités de l'article 1690 du Code civil, la signification et l'acceptation de la cession dans un acte authentique, avaient seulement pour finalité ou pour fonction de départager les titulaires d'un droit concurrent sur la créance, plusieurs auteurs admettent, bien qu'implicitement et peut-être de façon inconsciente, le caractère relatif de l'opposabilité. Le défaut ou l'accomplissement de ces formalités sera donc sans incidence sur l'opposabilité générale du contrat de cession. Cette distinction aura d'importantes conséquences sur la mise en œuvre de l'opposabilité²¹²⁴.

Plus récemment, à l'occasion de la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, un auteur français a mis en relief cette distinction afin de défendre l'idée que le débiteur de la créance cédée pourrait en effet invoquer le contrat de cession en sa faveur dès qu'il en a connaissance, afin précisément de refuser de se libérer entre les mains du cédant, même si la notification n'a pas été réalisée. Cela serait possible car le législateur n'aurait pas dérogé aux dispositions générales concernant l'opposabilité du contrat, règles selon lesquelles celui-ci est un fait juridique pouvant être invoqué par les tiers, notamment par le débiteur de la créance cédée, à partir du moment de sa connaissance²¹²⁵.

²¹²³V. *infra* n° 786 s.

²¹²⁴V. *infra* n° 781 s.

²¹²⁵ M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IX), LPA, 26 avril 2016, art. préc., spéc. art. 1324 : « Le texte ne précise pas si le cédé peut se prévaloir d'une cession dont il aurait connaissance malgré l'absence de réalisation de formalités d'opposabilité (comp. Art. 1346-5). Puisque la solution de droit commun n'est pas écartée (comp. art. 1327-1), elle doit prévaloir (art. 1200, al. 2^e) ». Sans distinguer expressément entre l'opposabilité du contrat et l'opposabilité du transfert mais en reconnaissant tout de même la possibilité pour le débiteur d'invoquer le contrat de cession malgré l'absence de notification ou de prise d'acte de la cession : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 868, p. 743 : « En effet, l'article 1200, alinéa 2 du Code civil énonce que les tiers peuvent se prévaloir du contrat pour démontrer l'existence d'un fait. Rapporter à la situation de la cession de créance non notifiée, cela devrait permettre au débiteur cédé, tiers au contrat, de prendre appui sur la cession de créance pour rapporter la preuve que son créancier n'est plus le cédant, mais le cessionnaire. On ajoutera que le débiteur peut se

Même si nous ne partageons pas la position de cet auteur, en raison de la situation particulière du débiteur de la créance cédée qui justifie un abandon de la notion d'opposabilité pour expliquer les effets de la cession à son égard²¹²⁶, ce qui est certain est que sa réflexion met en exergue la nécessité de bien distinguer entre opposabilité du contrat de cession et opposabilité de l'effet translatif qui en résulte.

769. Aussi, la référence à une quelconque opposabilité « *erga omnes* » semble-t-elle devoir être abandonnée. La portée de l'opposabilité dépend de l'acte juridique accompli ainsi que des effets qu'on prétend lui accorder²¹²⁷. L'opposabilité n'est donc pas, contrairement à une idée reçue, une notion absolue. En témoignent les distinctions doctrinales, notamment en droit français, entre « *opposabilité publicitaire* » et « *opposabilité générale* » par exemple ; ou encore celle entre « *opposabilité d'ordre* » et « *opposabilité simple* »²¹²⁸.

770. En outre, c'est grâce à la distinction entre opposabilité du contrat de cession et opposabilité du transfert qui en résulte que l'on peut mieux comprendre le caractère restreint de la notion de « tiers » à la cession de créance. On constate que la catégorie de « tiers » n'est ni absolue ni homogène. Certains auteurs se réfèrent au caractère « diversifié » ou « disparate » de la catégorie des « tiers » en raison de sa nature évolutive²¹²⁹. La démarche de la Cour de cassation française ne peut donc être comprise qu'en ayant à l'esprit le fait que la détermination des « tiers » est faite par rapport à un effet particulier du contrat de cession : l'effet translatif. Si l'on veut déterminer d'une manière générale les tiers au contrat de cession, la prise en compte du critère signalé s'avère réducteur car certaines personnes, sans avoir nécessairement à se prévaloir d'un droit concurrent sur la créance, peuvent tout de même être concernées par la cession²¹³⁰.

prévaloir de la subrogation « dès qu'il en a connaissance ». Pourquoi en irait-il différemment en matière de cession de créance ? D'anciens arrêts avaient pourtant refusé au débiteur cédé de se prévaloir de la cession avant sa signification ; il est donc regrettable que le législateur n'ait pas pris expressément parti ».

²¹²⁶ V. *supra* n° 449 et n° 784.

²¹²⁷ R. LIBCHABER, « Inventaire des tiers subissant l'opposabilité de la cession de créance », note sous Cass.civ. 1^e, 4 juin 2014, n° 13-17077, RDC, 2014, n°4, p. 618, spéc. 2. Voir également en ce sens, quoique de manière implicite : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 552, p. 469 : « Or, certaines normes contractuelles ne sont pas, en elles-mêmes, immédiatement opposables aux tiers. C'est le cas du transfert des droits réels immobiliers ou de certains droits réels mobiliers qui sont soumis, pour leur opposabilité, à des formalités de publicité ».

²¹²⁸ T. JACOB, *Cession de créance et opposabilité*, thèse préc., n° 133, p. 78 : « L'opposabilité simple s'opposant à l'opposabilité d'ordre se rapporte aux effets qui permettent aux assujettis d'invoquer l'opposabilité aux tiers indépendamment de tout conflit de droits concurrents, alors que l'opposabilité d'ordre est de nature à résoudre de tels conflits en établissant un ordre de classement entre les droits litigieux. En appliquant cette distinction à la cession de créance, il serait plutôt question d'une opposabilité d'ordre. Mais cette assertion n'est pas tout à fait satisfaisante, eu égard au sort incertain qu'il faut réserver au débiteur cédé et aux créanciers chirographaires ».

²¹²⁹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. I, *L'acte juridique, op.cit.*, n° 431, p. 406 : « Ces interrogations surgissent inévitablement de ce constat que, hors du plan de la formation du contrat, où elle comporte un élément d'unité, la catégorie des tiers est très diversifiée, sinon disparate. Elle est de surcroît évolutive en ce sens que des liens de droit peuvent s'établir entre l'une des parties et tel ou tel tiers, qui peuvent justifier qu'il échappe peu ou prou au principe de l'effet relatif ».

²¹³⁰ Par exemple, le dépositaire des fonds dans le cas soumis à la Cour de cassation française.

771. Ainsi, le fait d'admettre la portée limitée des formalités de signification ou d'acceptation ne signifie pas que le contrat de cession n'est opposable qu'à un groupe déterminé de personnes. Il s'agit seulement d'affirmer que ce ne sont que certaines personnes qui peuvent se prévaloir de l'accomplissement ou du défaut d'accomplissement des formalités de l'article 1690 du Code civil afin de faire valoir un droit spécifique sur la créance. Plus précisément, le défaut d'accomplissement des formalités consacrées par la disposition mentionnée privera d'efficacité le transfert de la créance résultant du contrat de cession à l'égard d'un nombre déterminé de personnes²¹³¹.

772. Cependant, si le terme « tiers » doit être compris de manière restreinte au sens de l'article 1690 du Code civil français, car il ne s'agit que de « tiers » à l'effet translatif, le critère établi par le Cour de cassation française n'est pas complètement convaincant. La référence à l'« intérêt » à ce que le cédant soit encore créancier est en effet ambiguë. De quel type d'intérêt s'agit-il ? Equivaudrait-il à l'existence d'un droit concurrent sur la créance ?

773. En raison du caractère équivoque du critère de détermination de « tiers » à la cession utilisé par la Cour de cassation, d'autres critères ont été proposés et celui retenu par la Cour a été l'objet de quelques précisions. S'agissant des autres critères proposés, un auteur français a suggéré qu'il serait plus judicieux de prendre en compte l'« *intérêt à savoir qui est le créancier* »²¹³². Ceci permettrait d'inclure dans la catégorie de « tiers » toute personne touchée par la cession, et ce indépendamment de son intérêt particulier à ce que le cédant soit encore créancier, tel le dépositaire des fonds dans l'affaire précitée réglée par la Cour de cassation²¹³³. D'autres auteurs ont précisé que les « tiers » à la cession seraient « *ceux qui, demeurés étrangers à la cession, prétendent avoir, à l'égard de la créance cédée, des droits que la cession tend à anéantir ou à restreindre* »²¹³⁴. Il s'agit aussi du critère défendu par une partie de la

²¹³¹ Ce sera un aspect sur lequel nous reviendrons lors de l'étude du régime dualiste de la cession de créance.

²¹³² P. BERLIOZ, « Opposabilité de la cession de créance », note sous Cass. civ. 1^e, 4 juin 2014, *RDC* 2014, n° 4, p. 750. Ce critère se rapproche de celui esquissé par un auteur belge, pour qui « *le tiers à la cession de créance est toute personne à l'égard de laquelle se poserait la question de savoir dans le patrimoine de qui se trouve la créance* » : P. VAN OMMESLAGHE, « La transmission des obligations en droit positif belge », in *La transmission des obligations*, Travaux des IX^e journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations, Bruylant, LGDJ, 1980, n° 16, p. 94. La position d'un auteur colombien semble aller dans le même sens: F. VÉLEZ, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, t. VII, *corregida y aumentada por el autor y por Luis Angel Arango*, *op. cit.*, n° 442, p. 335.

²¹³³ P. BERLIOZ, « Opposabilité de la cession de créance », art. préc., p. 751 : « *Certes, la chambre des notaires n'avait pas « intérêt à ce que le cédant reste créancier », suivant la formule de la Cour de cassation. Mais elle avait intérêt à savoir qui était créancier. Et telle serait sans doute la meilleure formule pour déterminer la qualité de tiers. En effet, à l'heure actuelle, la définition de la Cour de cassation est approximative. Les créanciers du cessionnaire n'ont pas intérêt à ce que le cédant soit encore créancier. C'est l'inverse. En revanche, ils ont intérêt à savoir si le cédant est encore créancier ou non. Et tel est aussi le cas de celui qui a une obligation relativement à la créance qui lui impose de savoir si le cédant est encore créancier* ».

²¹³⁴ S. CAMPION, *De la connaissance acquise par les tiers d'un transfert de créance non signifié*, thèse Lille, 1909, p. 16 qui conclut que les « tiers » au sens de l'article 1690 du Code civil seraient « *tous les ayant cause à titre particulier du cédant* » ; J. CESARESCOU, *De la détermination des tiers en matière de cession de créance*, Thèse Paris, 1899, p. 115.

doctrine belge afin de déterminer la portée de l'ancien article 1690 du Code civil belge correspondant à l'article 1690 du Code civil français²¹³⁵. Quant aux précisions sur le critère utilisé par la Cour de cassation, un auteur a souligné que l'« intérêt à ce que le cédant soit encore créancier » n'est pas toujours un droit concurrent sur la créance. A l'appui de sa position, il mentionne l'hypothèse de l'intérêt du fisc en raison des enjeux fiscaux entraînés par la cession de créance²¹³⁶.

774. Pour notre part, nous adhérons au critère selon lequel les « tiers » à la cession, ou plus précisément au transfert, sont « ceux qui, demeurés étrangers à la cession, prétendent avoir, à l'égard de la créance cédée, des droits que la cession tend à anéantir ou à restreindre »²¹³⁷. En effet, certaines personnes, sans avoir nécessairement un droit concurrent à faire valoir sur la créance, tels les créanciers du cédant en cas de procédure collective, sont tout de même affectées par le transfert de créance opéré par la cession. Elles doivent aussi être protégées par des formalités ayant pour finalité de rendre efficace le transfert opéré par la cession. Il s'agit d'un élargissement nécessaire de la notion d'opposabilité tenant compte de considérations économiques²¹³⁸. Contrairement au critère vague de l'« intérêt à ce que le cédant reste créancier », la prise en compte de ce critère n'entraîne pas le risque de reconnaître une telle qualité aux personnes dont aucun droit n'est restreint ou modifié par le fait de la cession, tel un créancier du débiteur de la créance cédée. Il a toutefois l'avantage d'y inclure d'autres personnes, tels les créanciers du cédant qui connaît une faillite dont la situation est en effet affectée par le transfert opéré par la cession²¹³⁹, sans qu'ils aient pourtant un droit concurrent à faire valoir sur la créance.

775. Si l'on retient le critère proposé, on doit encore exclure de la catégorie de « tiers », au sens de l'article 1690 du Code civil français et de l'article 1960 du Code civil colombien, le dépositaire des fonds dans l'hypothèse mentionnée précédemment. En effet, celui-ci ne peut prétendre avoir, à l'égard de la créance cédée, aucun droit que la cession tend à anéantir ou à restreindre. Est-ce à dire que la situation du dépositaire des fonds doit être rapprochée de celle du débiteur de la créance cédée ? Certains auteurs le pensent²¹⁴⁰. Cependant, cette position ne nous convainc pas. Cela ne signifie

²¹³⁵ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, principes, doctrine, jurisprudence*, t. IV, *Les principaux contrats usuels*, op. cit., n° 401.

²¹³⁶ Th. JACOB, *Cession de créance et opposabilité*, thèse préc., n° 442, p. 215 : « Cependant, l'intérêt n'est pas toujours l'existence d'un droit concurrent sur la créance : le fisc peut ainsi se prévaloir de l'inopposabilité découlant de l'absence de réalisation des formalités de l'article 1690 du Code civil ».

²¹³⁷ S. CAMPION, *De la connaissance acquise par les tiers d'un transfert de créance non signifié*, thèse préc., p. 16.

²¹³⁸ Th. JACOB, *Cession de créance et opposabilité*, thèse préc., n° 451, p. 219.

²¹³⁹ *Ibidem*, n° 453, p. 219 : « Les créanciers du cédant tombé en faillite peuvent être rapprochés des créanciers effectuant une saisie lorsque leur débiteur tombe sous le coup d'une procédure collective. Pour reprendre l'explication de M. SENECHAL, « à compter du jugement d'ouverture, une saisie collective et universelle frappe le gage commun qui devient indisponible ». Cette analyse semble avoir reçu un certain écho en jurisprudence et mérite d'être approuvée ».

²¹⁴⁰ J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations, Régime général*, 4^e éd., op. cit., n° 470-1, p. 462 ; O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., art. 1323, p. 644 : « Certaines personnes occupent une position intermédiaire : bien que n'étant pas débitrices de la créance cédée, elles n'en sont pas moins tenues

pas que la cession, en tant que contrat, ne lui soit pas opposable. Si le dépositaire des fonds n'est pas un « tiers » au transfert de la créance, il reste un « tiers » au contrat de cession. Il sera donc soumis aux règles générales de l'opposabilité du contrat de cession, lesquelles, comme nous le verrons lors de l'analyse de la mise en œuvre de l'opposabilité, conditionnent l'opposabilité générale du contrat à la connaissance du tiers²¹⁴¹.

776. Par ailleurs, retenant l'idée selon laquelle les notions d'« opposabilité » et de « tiers » sont relatives, on doit conclure que l'opposabilité à la date de bordereau, consacrée par le législateur français en matière de cession Dailly, ne protège pas non plus d'une manière absolue le cessionnaire. Certes, les termes de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier laissent entendre que la cession est opposable *erga omnes* à la date apposée sur le bordereau. Les travaux préparatoires de la loi Dailly semblent conforter cette thèse²¹⁴². Cependant, le but de cette disposition n'est que de permettre la résolution des conflits entre ceux qui prétendent avoir à l'égard de la créance cédée des droits que la cession tend à anéantir ou à restreindre.

777. Pour autant, on ne doit pas conclure à l'impossibilité pour un cessionnaire Dailly d'invoquer contre la banque réceptrice des fonds du cédant l'opposabilité à la date de l'acte, afin de demander la restitution des fonds que celle-ci a reçus à titre de paiement de la créance objet de la cession. L'hypothèse envisagée est celle dans laquelle le débiteur de la créance cédée, à défaut de notification²¹⁴³, réalise un paiement libératoire entre les mains du banquier réceptrice des fonds du cédant. Contrairement à ce qui est affirmé par la jurisprudence²¹⁴⁴ et défendu par la doctrine majoritaire²¹⁴⁵, nous considérons, dans l'hypothèse envisagée, que la banque réceptrice des fonds

d'adresser au créancier un paiement dont l'exécution emporte libération du débiteur. Il en va ainsi du dépositaire à qui les sommes destinées au paiement ont été remises à charge de payer le créancier ».

²¹⁴¹ Voir : Régime dualiste de l'opposabilité : Mise en œuvre de l'opposabilité générale du contrat de cession

²¹⁴² M. VASSEUR, « Un grave problème d'application de la loi Dailly », *D.* 1986, Chron., p. 73, spéc. n° 17, p. 77 : « Mais où voit-on que l'art. 4, utilisant le terme de « tiers », ait ainsi distingué ? Dans son rapport au Sénat (Doc. parl., n° 324, 19 juin 1980, p. 24), le président Dailly a explicité ce terme de « tiers », en exposant que la cession, à partir de la date portée sur le bordereau « prend effet erga omnes » et, par deux fois en séance, il a repris la même expression (J.O., Déb. Parl., Sénat, 1980, p. 3287, col. 2 et p. 6567, col. 1). « Erga omnes », c'est tout le monde ; il n'y a pas à faire le détail et à distinguer et surtout à restreindre la catégorie juridique de tiers à celle d'un banquier second cessionnaire ».

²¹⁴³ Rappelons que dans le cadre de la cession Dailly, la notification de la cession au débiteur n'est que facultative : voir en ce sens l'article L. 313-28 du Code monétaire et financier.

²¹⁴⁴ Cass. com., 4 jull. 1995, n° 93-12977, *Bull. civ.* IV, n° 203 ; *D.* 1995, 488, note D. Martin et H. Synvet ; *JCP G*, 1995, II, 22553, note D. Legeais ; *RTD civ.* 1996, 192, obs. P.-Y. Gautier. Cette solution a été confirmée à plusieurs reprises : Cass. com. 19 déc. 2000, n° 97-16763, *Bull. civ.* IV, n° 195 ; *RDBF*, n° 2, 2001, 76, obs. Crédot et Gérard ; *JCP G*, 2002, 10013, note Vergès ; Cass. com. 30 janv. 2001, n° 97-17784, *Bull. civ.* IV, n° 26 ; *D.* 2001, 1238, obs. X. Delpech.

²¹⁴⁵ Même si la doctrine majoritaire partage la position de la Cour de cassation, les arguments invoqués en faveur de cette solution sont divergents. Certains auteurs affirment que les notions de « tiers » et de « d'opposabilité » sont étrangères au débat car il y aurait en l'espèce un contrat de dépôt indépendant de celui de la cession : D. MARTIN et H. SYNDET, « Le paiement à autrui de la créance professionnelle cédée », *JCP* 1987, II, 14940, n° 5, p. 270. D'autres précisent que le banquier réceptrice pourrait être considéré comme étant un tiers mais seulement dans certaines hypothèses. Voir pour une étude approfondie des différentes positions doctrinales à ce sujet : Th. JACOB, *Cession de créance et opposabilité*, thèse préc., n° 502 et s., p. 241 et s.

est un « tiers » au sens de l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier. Par conséquent, le cessionnaire Dailly devrait pouvoir invoquer, à l'encontre du banquier réceptonnaire des fonds et afin de demander leur restitution, l'opposabilité de la cession à la date apposée sur le bordereau. Dans ce cas de figure, la banque réceptonnaire conserve en effet un intérêt sur la créance. Comme un auteur l'a souligné, « *celle-ci étant inscrite sur le compte courant, elle peut lui profiter non pas en tant que cessionnaire, mais plus indirectement en ce qu'elle peut lui permettre de compenser cet article de compte avec une créance dont le cédant lui serait redevable* »²¹⁴⁶. Un doute pourrait exister si la banque réceptonnaire laisse une libre disposition des sommes. On pourrait en effet considérer que dans ce cas, la banque réceptonnaire des fonds n'aurait pas « *intérêt à ce que le cédant reste créancier* ». Un tel argument n'est toutefois pas convaincant. En effet, même dans cette hypothèse, la banque réceptonnaire pourrait profiter de l'encaissement des sommes, notamment lorsque celles-ci viendront diminuer le solde débiteur²¹⁴⁷. La banque réceptonnaire pourrait invoquer, à l'égard de la créance cédée, un droit que la cession tend à anéantir ou restreindre. Pour cette raison, la banque réceptonnaire devrait être considérée comme étant un tiers à la cession. Ainsi, le cessionnaire devrait pouvoir agir à son encontre en exerçant une action en revendication. Comme nous le verrons lors de l'étude de la mise en œuvre de l'opposabilité, l'argument tiré de l'impossibilité de revendiquer des choses fongibles n'est pas convaincant²¹⁴⁸.

778. Compte tenu de la récente réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 qui s'est fortement inspirée de la cession Dailly, peut-on anticiper que la jurisprudence française accordera un sens « restreint » à l'expression « tiers » utilisée au nouvel article 1323, au point de refuser une telle qualité au banquier réceptonnaire des fonds du cédant dans le cadre de la cession de créance de droit commun ? Nous le pensons²¹⁴⁹. La solution retenue en matière de cession Dailly le laisse présager. Cependant, nous insistons sur le fait que même si l'interprétation restreinte du terme « tiers » s'impose, car il n'est question que de l'opposabilité du transfert et non de l'opposabilité générale du contrat de cession, le banquier réceptonnaire des fonds doit être considéré comme étant un « tiers » au transfert.

²¹⁴⁶P.- Y. GAUTIER, « Solo : à propos de la fermeture au cessionnaire Dailly, de l'action en revendication de sa créance à l'encontre du banquier réceptonnaire », *RTD civ.* 1996. 192 ; Th. JACOB, *Cession de créance et opposabilité*, thèse préc., n° 503, p. 242 ; J.-M. Calendini, *Le cessionnaire, le cédant et le réceptonnaire : à propos de l'application de la loi Dailly par l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 4 juillet 1995*, *RDB* nov.- déc. 1996, n° 3, p. 219.

²¹⁴⁷ Th. JACOB, *Cession de créance et opposabilité*, thèse préc., n° 506, p. 243.

²¹⁴⁸V. *infra* n° 813 s.

²¹⁴⁹ *Contra* J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations, Régime général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 470-1, p. 462 pour qui le fait que le nouvel article 1323 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 fév. 2016 ait consacré la règle de l'opposabilité de la cession sans formalité, devrait conduire à une appréhension de la catégorie de tiers au sens le plus large possible : « *Désormais, le problème de la définition des tiers ne se pose plus du tout dans les mêmes termes. Il n'est pas douteux que la catégorie doive s'entendre dans le sens le plus large possible, puisque l'art. 1323 a pour objectif de leur rendre la cession opposable sans formalité. Concrètement, toutes les personnes qui ne sont ni, d'une part, le débiteur cédé (visé à l'art. 1324, al. 1^{er}), sont des tiers au sens de l'art. 1323* ». Cependant, la position de cet auteur nous semble critiquable car il fait dépendre la portée de l'opposabilité de la formalité choisie par le législateur alors qu'il paraît plus pertinent de déterminer une telle portée en fonction de la finalité poursuivie par la formalité.

Le fait qu'il prétende avoir, à l'égard de la créance cédée, un droit que la cession tend à anéantir ou à restreindre, justifie cette solution.

779. En ce qui concerne le droit colombien, on l'a noté, l'appréhension de la cession en tant qu'acte de tradition de la créance a pour conséquence que la question relative à la notion de « tiers » soit moins débattue. Rappelons que le principe est que l'acte de tradition se caractérise par une opposabilité *erga omnes*. Or, on a montré que l'idée d'une opposabilité *erga omnes* n'est pas si absolue, contrairement à ce que l'on l'affirme souvent. En outre, comme nous le verrons par la suite, les formalités de l'article 1960 du Code civil colombien n'ont pas véritablement pour rôle d'opérer le transfert de la créance à l'égard des tiers ; elles n'ont qu'un rôle confortatif²¹⁵⁰. La notification ou l'acceptation de la cession par le débiteur sont des formalités qui permettront de protéger le cessionnaire face à ceux qui prétend avoir, à l'égard de la créance cédée, un droit que la cession tend à restreindre ou à restreindre²¹⁵¹. Le terme « tiers » employé par le législateur colombien à l'article 1960 du Code civil doit donc être compris de façon restreinte.

780. La nécessité de distinguer entre opposabilité du contrat de cession et opposabilité du transfert de la créance n'est plus à démontrer. Cette distinction a non seulement un intérêt théorique mais surtout un intérêt pratique. Elle permet en effet de comprendre que l'opposabilité de la cession aux tiers obéit à un régime dualiste.

§2- Le régime dualiste de l'opposabilité de la cession aux tiers

781. Il est vrai que le transfert de créance du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire est l'effet le plus important et caractéristique d'un contrat de cession. Pour cette raison, la question de l'opposabilité de l'effet translatif qui en résulte est fondamentale. Mais étant donné que la cession de créance ne se réduit pas dans nos législations à un acte exclusivement de disposition, contrairement à ce que prévoit le droit allemand et d'autres systèmes juridiques d'inspiration germanique, la question relative à l'opposabilité générale de la cession, en tant que contrat, doit être également envisagée. Ainsi, l'étude du régime d'opposabilité spéciale du transfert de créance (A), précédera celle de l'opposabilité générale du contrat de cession (B).

²¹⁵⁰ V. *infra* n° 784 s.

²¹⁵¹ Rappelons que selon l'article 1963 du Code civil colombien, en cas d'absence de notification ou d'acceptation de la cession par le débiteur, celui-ci pourra réaliser un paiement libératoire entre les mains du cédant ; les créanciers de celui-ci peuvent encore réaliser une saisie de la créance et, d'une manière générale, on doit considérer que la créance existe dans le patrimoine du cédant.

A- L'opposabilité spéciale du transfert de la créance

782. Deux questions principales se posent au sujet de l'opposabilité de l'effet translatif produit par la cession de créance. La première question concerne le moment à partir duquel un tel transfert doit être efficace à l'égard des tiers. A ce sujet, nous relèverons la pertinence de l'analyse selon laquelle le transfert de créance à l'égard des tiers doit être concomitant à sa réalisation *inter partes* (1). La seconde question concerne la détermination du meilleur moyen d'assurer une telle efficacité qui sera donc l'occasion de montrer que parmi les diverses solutions envisageables, le meilleur moyen s'avère être un écrit daté et signé par les deux parties (2).

1- Pour la concomitance du transfert inter partes et de son opposabilité aux tiers

783. L'idée selon laquelle il existerait une dissociation entre le transfert de la créance *inter partes* et à l'égard des tiers est soutenue en droit français et en droit colombien mais cette thèse n'a pas la même portée dans les deux systèmes juridiques.

En droit français, si cette position pouvait avoir une certaine justification sous l'empire des anciennes dispositions, cela ne devrait plus être le cas après la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016. Rappelons que ses rédacteurs ont expressément consacré, dans un nouvel article 1323 du Code civil, la concomitance du transfert *inter partes* et de son opposabilité aux tiers. Or, il convient de souligner que la doctrine majoritaire affirmait que si le transfert de la créance avait lieu entre les parties dès l'échange de consentements, ce transfert n'avait pas lieu immédiatement à l'égard des tiers²¹⁵². Pour cela, la signification de la cession au débiteur ou son acceptation dans un acte authentique était nécessaire.

Quant au droit colombien, même si la règle en matière d'acquisition des biens est celle de la concomitance entre le transfert *inter partes* et à l'égard des tiers, transfert se réalisant à travers l'acte de tradition, les dispositions en matière de cession de créance semblent déroger à ce principe. En effet, si le législateur colombien a disposé que le transfert d'une créance du patrimoine du cédant dans celui du cessionnaire a lieu par la remise du titre²¹⁵³, acte de tradition de la créance selon l'article 757 du Code civil colombien, il a également prévu, suivant les rédacteurs du Code Napoléon, que la cession n'est efficace à l'égard des tiers qu'à partir de l'accomplissement de certaines formalités, telles que la notification de la cession au débiteur ou son acceptation. C'est donc en raison de l'exigence de réalisation de certaines formalités conditionnant l'efficacité de la cession aux tiers que la doctrine

²¹⁵² J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes, op. cit.*, n° 304, p. 331 et s. ; H. NEUMAYER, « La transmission des obligations en droit comparé », art. préc., n° 4, p. 199-202.

²¹⁵³ Voir en ce sens l'article 1959 du Code civil.

majoritaire et la jurisprudence considèrent qu'il existe une sorte de dissociation entre le transfert de la créance *inter partes* et le transfert de la créance à l'égard des tiers²¹⁵⁴. Cette interprétation des anciennes dispositions du Code Napoléon et du Code civil colombien est-elle correcte ? Nous ne le pensons pas.

784. Une chose est de dire que le défaut d'accomplissement des formalités consacrées par le législateur privera d'efficacité le transfert de la créance à l'égard d'un cercle déterminé de personnes, autre chose est d'affirmer que le transfert à l'égard des tiers ne se produit qu'à partir de l'accomplissement des formalités mentionnées²¹⁵⁵. En d'autres termes, la signification ou l'acceptation dans un acte authentique n'ont pour finalité que de consolider le droit de propriété du cessionnaire. Ces formalités ont donc un rôle confortatif²¹⁵⁶. Mais la créance passe du patrimoine du cédant dans celui du cessionnaire, à l'égard de tous, à partir de leur accord de volontés. Pour cette raison, même en l'absence de signification ou d'acceptation du débiteur dans un acte authentique, un créancier du cessionnaire pourrait, par exemple, faire saisir la créance dans le patrimoine de celui-ci²¹⁵⁷. Également, le cessionnaire d'une créance pourrait, même avant l'accomplissement de la signification ou de l'acceptation dans un acte authentique, transférer à son tour la créance. Ce n'est donc qu'en cas de conflit entre ceux qui disposent d'un droit sur la créance que la cession tend à restreindre ou anéantir que ces formalités joueront un rôle déterminant. Cette conclusion s'impose car l'idée d'une quelconque dissociation entre le transfert *inter partes* et à l'égard des tiers est critiquable. Elle s'oppose à l'essence même de la propriété, soit qu'on définisse celle-ci par le critère de son opposabilité *erga omnes*, soit qu'on la définisse par le critère de son exclusivité²¹⁵⁸. Mais le rejet de cette dissociation ne doit pas conduire à refuser celle entre le transfert de la créance et la modification du lien d'obligation à l'égard du débiteur. N'oublions pas que le débiteur mérite un traitement spécial et qu'il ne s'agit pas, à son

²¹⁵⁴ F.-A. CASTILLO MAYORGA, « La cesión de crédito », art. préc., p. 423.

²¹⁵⁵ Voir Ph. CHAUVIRE, *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens*, op. cit., n° 449, p. 287 : « Toutefois, cette distinction nette entre l'acquisition *inter partes* et *erga omnes* reflète mal les subtilités du décret du 4 janvier 1955. Alors que la publicité organisée en matière de marques et brevets rend opposable à tous la transmission, c'est le défaut d'accomplissement des formalités de publicités foncières qui rend la cession inopposable à l'égard de certains tiers déterminés ».

²¹⁵⁶ Voir en ce sens : Ch. GIBBERS, *Droit des biens et sûretés réelles*, op. cit., n° 283, p. 272 en se référant au rôle confortatif de la publicité des droits réels : « Loin de remettre en cause le principe du transfert solo consensus, la publicité tempère simplement la rigueur au profit de certains tiers jugés dignes de protection par la loi, qui pourront exceptionnellement invoquer l'inopposabilité de l'acte demeuré clandestin (...). Publicité qui raffermit l'opposabilité préexistante de l'acte à l'égard d'une catégorie (limitée) de personnes ».

²¹⁵⁷ Voir en ce sens : A. SERIAUX, *Droit des obligations*, op. cit., n° 169, p. 617, note 15.

²¹⁵⁸ Ph. EMY, « A propos de l'opposabilité d'une cession de créance, Réflexions sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », D. 2008, n° 41, p. 2887, spéc. 5 : « Dissocier le transfert de propriété d'un bien selon les personnes à qui on souhaite l'opposer semble peu respectueux de l'idée même de propriété, laquelle est définie par son opposabilité *erga omnes* ou par son exclusivité » ; Ph. CHAUVIRE, *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens*, op. cit., n° 461, p. 295 : « La distinction entre le transfert *inter partes* et *erga omnes* doit en premier lieu être délaissée. La notion même de propriété est incompatible avec la réalisation d'une acquisition qui ne produirait effet qu'entre les parties. Dans tous les cas, le moment de l'acquisition doit être déterminé en considération de l'opposabilité *erga omnes* de la relation d'appartenance, quand bien même certains correctifs sont introduits par le législateur ».

égard, d'une question d'opposabilité de la cession mais, en revanche, de la modification de sa situation juridique comme conséquence de la cession²¹⁵⁹.

785. Il est vrai que cette démarche reste tout de même exceptionnelle en droit colombien où la règle est que l'acte de tradition opère le transfert *inter partes* et *erga omnes*. Ainsi, l'accomplissement de l'acte de tradition est nécessaire et suffisant pour assurer le transfert d'un bien et pour résoudre les conflits entre les titulaires d'un droit concurrent sur le même bien. Autrement dit, ce n'est pas le défaut d'accomplissement d'une formalité supplémentaire à celle de l'acte de tradition qui permettra de régler les conflits entre les titulaires d'un droit concurrent, contrairement à ce qui se passe en matière de cession de créance. Quelle est la raison de cette différence ?

Si en matière de biens immeubles et de meubles corporels l'acte de tradition tend à assurer principalement la publicité de l'acquisition, il n'en va pas de même dans le domaine des créances. La remise du titre du cédant au cessionnaire ne permet pas, en effet, de rendre la cession publique²¹⁶⁰. Cela pourrait donc expliquer la consécration, en droit colombien, des formalités dites « confortatives » de la propriété du cessionnaire dans le cadre de la cession de créance. Ce qui est certain, c'est que cette particularité en droit colombien s'explique par l'influence du Code Napoléon sur le Code civil chilien.

786. Le rôle confortatif des formalités consacrées par nos législateurs civils pour la pleine efficacité de la cession vis-à-vis des tiers explique certaines solutions tant en droit français qu'en droit colombien, notamment en cas de conflit entre un cessionnaire et un créancier saisissant du cédant ou entre deux cessionnaires successifs de la même créance. Il en va de même dans l'hypothèse d'un conflit entre un cessionnaire et le bénéficiaire d'une garantie sur la créance. Ainsi, et sous l'empire des anciennes dispositions applicables en matière de cession de créance, ce sera la prise en compte de la date de la signification ou de l'acceptation dans un acte authentique, et non celle de la conclusion de la cession, qui permettra de résoudre les conflits entre les titulaires d'un droit concurrent sur la créance²¹⁶¹. Il faut seulement préciser qu'en cas de conflit entre un cessionnaire de droit commun et un cessionnaire Dailly, celui-ci primera celui-là dans tous les cas où la date de remise du bordereau soit antérieure à la date de la signification ou de l'acceptation de la cession dans un acte authentique. Pour ce qui est du droit colombien, ce sera la date de la notification ou de l'acceptation simple, et non

²¹⁵⁹ V. *supra* n° 387.

²¹⁶⁰ Rapp. S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, *op.cit.*, n° 49, p. 54 : « En cas d'irrégularité formelle du bordereau, la cession de créance est valable entre les parties, mais elle n'est pas opposable aux tiers. Pour qualifier cette remise du bordereau, on parle d'une forme d'opposabilité sans la qualifier de publicité. En effet, la simple remise d'un document entre les parties ne peut pas être considérée comme rendant la cession publique » (nous soulignons).

²¹⁶¹ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n° 321, p. 354.

celle de la remise du titre du cédant au cessionnaire, qui permettra de trancher les cas litigieux cités antérieurement²¹⁶².

Insistons sur le fait que les formalités consacrées par les rédacteurs du Code de Napoléon et celles prévues par le législateur colombien pour l'efficacité de la cession à l'égard des tiers ont pour fonction, plus précisément, de rendre inopposable, dans des hypothèses bien précises, le transfert de la créance vis-à-vis de certains « tiers ». Répétons-le, c'est l'accomplissement ou le défaut d'accomplissement de ces formalités ce qui va permettre de départager les titulaires d'un droit concurrent sur la créance.

787. Ainsi, le sens de la récente réforme en droit français doit être approuvé. Le fait que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 aient pris soin de préciser que le transfert de la créance a lieu *inter partes* et devient opposable aux tiers à la date de l'acte ne laisse pas de doutes sur la concomitance du transfert vis-à-vis des parties et des tiers. La question reste de déterminer la formalité la plus convenable pour garantir une telle opposabilité. En ayant à l'esprit ces deux interrogations, nous verrons que, parmi les différentes solutions envisageables, celle qui conditionne l'opposabilité du transfert à la seule rédaction d'un écrit daté et signé par les parties doit être préférée.

2- Pour l'opposabilité conditionnée à la rédaction d'un écrit daté et signé par les parties

788. Une considération d'ordre théorique (a) et quelques considérations d'ordre pratique (b) justifient notre préférence pour une opposabilité du transfert de la créance conditionnée à la rédaction d'un écrit daté et signé par les parties.

a) La considération d'ordre théorique

789. La notion de propriété ou de titularité étant incompatible avec la réalisation d'une acquisition qui ne produirait d'effet qu'entre les parties, on peut conclure à la nécessité de la concomitance du transfert *inter partes* et de son opposabilité aux tiers²¹⁶³. En application de cette règle, il est logique d'affirmer que l'opposabilité aux tiers du transfert de la créance coïncide avec le transfert de la créance *inter partes*. Dès lors, afin de déterminer la formalité d'opposabilité du transfert de la créance aux tiers, il convient de rappeler la formalité exigée pour le transfert de la créance *inter partes*.

²¹⁶² F.-A. CASTILLO MAYORGA, «La cesión de crédito», art. préc., p. 421-423 ; M. CASTRO De CIFUENTES, « Transmisión de las obligaciones », *Derecho de las obligaciones*, t. I, art. préc., p. 73-74.

²¹⁶³ V. *supra* n° 783 et s.

790. Nous avons montré, en étudiant le rapport entre le cédant et le cessionnaire-parties au contrat de cession-, les avantages du système qui a conditionné le transfert de la créance du patrimoine du cédant dans celui du cessionnaire à la rédaction d'un écrit daté et signé par les parties²¹⁶⁴. Sans revenir en détails sur ce point, insistons seulement sur le fait que l'assujettissement du transfert à la formalité mentionnée procure deux avantages majeurs en comparaison du système de transfert *solo consensu* du droit français avant la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 et du transfert conditionné à la remise d'un titre prévu par le législateur colombien. Le premier avantage réside dans le fait que l'exigence d'un écrit daté et signé par les parties, à la différence d'autres formalités, permet de remplir plusieurs fonctions : protection des parties, protection du débiteur de la créance cédée et protection des tiers. Le second avantage tient à la souplesse de l'exigence d'un écrit par rapport aux autres formalités envisageables, à défaut de pouvoir assurer une véritable publicité du transfert²¹⁶⁵.

791. Au-delà de cette considération d'ordre théorique, l'assujettissement de l'opposabilité du transfert aux tiers à l'écrit daté et signé par les parties s'explique également par des considérations pratiques qui rendent également cette formalité plus avantageuse au regard des autres solutions proposées.

b) Les considérations d'ordre pratique

792. L'assujettissement de l'opposabilité de la cession aux tiers à la seule rédaction d'un écrit daté et signé par les parties présente des avantages considérables en comparaison des autres formalités envisageables. Aussi, après avoir présenté les inconvénients des thèses en faveur d'autres types de dispositifs -soit qu'elles défendent l'opposabilité du transfert conditionnée à la publicité de la cession (i), soit qu'elles conditionnent l'opposabilité du transfert à d'autres formalités que celle de la publicité (ii)-, nous préciserons les avantages de l'opposabilité du transfert conditionnée à la seule rédaction d'un écrit daté et signé par les parties (iii).

i) Les inconvénients des thèses conditionnant l'opposabilité à la publicité

793. Parmi les thèses favorables à l'opposabilité de la cession conditionnée à la publicité, deux positions différentes peuvent être identifiées : la première thèse prône une publicité assurée par le débiteur de la créance cédée (α) ; la seconde préconise une publicité par le biais d'une inscription dans un registre (β). Aucune de ces solutions n'emporte cependant notre conviction.

²¹⁶⁴ V. *supra* n° 676.

²¹⁶⁵ V. *infra* n° 798.

α Opposabilité conditionnée à la publicité par le biais du débiteur

794. L'opposabilité conditionnée à publicité assurée par le débiteur de la créance cédée est la thèse défendue par la doctrine majoritaire française sur le fondement de l'article 1690 du Code civil français. C'est aussi la position de la doctrine majoritaire colombienne à la lumière de l'article 1693 du Code civil. Le débiteur de la créance cédée jouerait le rôle d'un quasi-conservateur d'hypothèques²¹⁶⁶. Ce serait alors la prise en compte de la date de la signification ou de l'acceptation de la cession dans un acte authentique, en droit français avant l'ordonnance du 10 février 2016, ou celle de la notification ou de l'acceptation simple, en droit colombien, qui permettrait de résoudre les conflits éventuels entre les titulaires d'un droit concurrent sur la créance. Ce mécanisme peut entraîner de nombreuses complications.

795. Tout d'abord, en ce qui concerne le droit français, on peut mentionner l'hypothèse de conflit entre deux cessionnaires victimes d'une double mobilisation de la créance de la part du cédant. On sait qu'en raison du rôle confortatif des formalités mentionnées, l'emportera celui qui, le premier, aura signifié la cession au débiteur ou qui lui aura fait accepter la cession dans un acte authentique. Ainsi, si le premier cessionnaire en date notifie ou fait accepter la cession le premier, il l'emportera sur le second cessionnaire. La question reste de savoir ce que peut faire le second cessionnaire ayant subi un préjudice du fait de la double mobilisation. Certains auteurs considèrent que ce dernier pourrait agir en nullité de la cession à laquelle il est partie²¹⁶⁷. Pour notre part, nous considérons que dans une telle hypothèse, le second cessionnaire peut agir contre le cédant en exerçant une action en garantie de l'existence de la créance²¹⁶⁸. En revanche, si c'est le second cessionnaire en date qui signifie ou fait accepter la cession le premier, il primera sur le premier cessionnaire en date. Il est vrai que celui-ci subit un préjudice du fait de sa négligence consistant dans l'absence d'accomplissement des formalités nécessaires pour conforter son acquisition. Peut-on néanmoins considérer que le cessionnaire négligent doit être privé de tout recours visant à réparer son préjudice ? Une réponse nuancée s'impose. Notons que c'est précisément à cause de la double mobilisation qu'il subit un préjudice. Quant au recours en restitution contre l'*accipiens*, il doit être écarté. Sauf en cas de fraude, le cessionnaire qui se voit privé de la créance en raison du défaut d'accomplissement des formalités de

²¹⁶⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 1416, p. 801 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique du droit civil*, t. XIX, *De la vente et de l'échange*, *op. cit.*, n° 767, p. 811 et s.

²¹⁶⁷ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, n° 321, p. 354 : « En premier lieu, le premier cessionnaire peut signifier au débiteur avant le second. Il l'emporte et ce dernier ne peut exiger le paiement. Cependant, par application des règles de la vente, il dispose d'une action en nullité de la cession à laquelle il est partie, puisqu'on sait qu l'acheteur tenant ses droits du non propriétaire a qualité pour agir en nullité de la vente, qui est relative ».

²¹⁶⁸ V. *supra* n° 708 et s.

signification ou d'acceptation dans un acte authentique ne peut former un recours en restitution des sommes à l'encontre du cessionnaire ayant accompli le premier les formalités. Le fait que le législateur ait consacré des formalités de type confortatif justifie que le cessionnaire diligent doive l'emporter sur le cessionnaire concurrent, indépendamment de la date de conclusion de la cession. Cependant, le cessionnaire bénéficiaire de la première cession devrait toujours pouvoir agir contre le cédant en formant une action en garantie d'éviction, peu importe que la cause de l'éviction soit postérieure à la cession. La règle selon laquelle celui qui doit garantie ne peut pas évincer²¹⁶⁹ justifie cette solution²¹⁷⁰.

La situation devient plus compliquée dans le cas où deux significations ou plus sont réalisées le même jour. Dans une telle hypothèse, les deux cessionnaires se retrouveraient en concours²¹⁷¹ ; sauf si l'heure de chacune des significations est indiquée. Dans ce dernier cas, la cession qui a été signifiée avant devrait l'emporter²¹⁷².

Pour ce qui est du droit colombien, il n'existe pas de jurisprudence abondante, ni une discussion doctrinale importante à ce sujet. Cela pourrait s'expliquer par l'existence d'un nombre moindre de conflits liés à la double mobilisation des créances. L'exigence de remise du titre constatant la créance par le cédant au cessionnaire serait une mesure dissuasive contre ce phénomène²¹⁷³. Cependant, en cas de conflit entre deux ou plusieurs cessionnaires de la même créance, les solutions du droit français avant la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 s'imposent. En effet, la notification ou l'acceptation simple ont pour finalité de conforter la position du cessionnaire, à l'instar de la signification ou de l'acceptation dans un acte authentique consacrées par les rédacteurs du Code Napoléon²¹⁷⁴. Ainsi, le cessionnaire ayant notifié ou fait accepter la cession le premier l'emportera sur l'autre cessionnaire, indépendamment des dates de réalisation de chacune des cessions. Si c'est le premier cessionnaire en date qui l'emporte, le second cessionnaire pourra toujours agir contre le cédant en raison de la garantie de l'existence de la créance à laquelle ce dernier est tenu. Si c'est le second cessionnaire en date qui l'emporte sur le premier, celui-ci pourra également agir contre le cédant en exerçant une action en garantie contre l'éviction.

796. Une autre hypothèse est celle d'un conflit entre un cessionnaire et un créancier saisissant du cédant. À la différence de l'hypothèse antérieure, les solutions en droit français et en droit colombien ne sont pas les mêmes. La raison de cette différence réside dans le fait que l'acte de saisie

²¹⁶⁹ Sur l'origine et le sens de l'adage H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, op. cit., n° 344, p. 726.

²¹⁷⁰ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, op. cit., n° 321, p. 355.

²¹⁷¹ Voir à propos de cette hypothèse et des différentes solutions envisageables : J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, op. cit., n° 321, p. 356

²¹⁷² TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. De la vente*, t. II, 5^e éd., Paris, Hingray, 1856, n° 903, p. 400.

²¹⁷³ V. *supra* n° 670.

²¹⁷⁴ V. *supra* n° 783 s.

en droit français emporte l'attribution immédiate de la créance disponible au profit du créancier saisissant²¹⁷⁵ ; alors qu'en droit colombien la saisie de la créance n'a qu'un effet suspensif, à l'instar de la saisie-arrêt du droit français avant la réforme introduite par la loi du 9 juillet 1991. Ainsi, si la solution en cas de conflit entre un cessionnaire et un créancier saisissant au regard des règles applicables avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 est relativement aisée en droit français, il n'en va pas de même en droit colombien.

En droit français, il est simplement nécessaire de déterminer si la saisie a été réalisée avant ou après la signification ou l'acceptation dans un acte authentique, conformément à l'article 1690 du Code civil, applicable en matière de cession de créance avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016. Dans l'hypothèse d'une saisie-attribution pratiquée avant l'accomplissement des formalités, le créancier saisissant l'emporte sur le cessionnaire de la créance. Toutefois, l'effet attributif de la saisie étant limité au montant de la créance du saisissant, le cessionnaire pourrait toujours profiter du surplus dans le cas où le montant de la créance saisie serait supérieur à celui de la créance du saisissant²¹⁷⁶. Dans l'hypothèse d'une saisie-attribution pratiquée après l'accomplissement des formalités, le créancier cessionnaire l'emporte sur le créancier saisissant. Il reste à déterminer la solution à appliquer lorsque la saisie-attribution est pratiquée le même jour que l'accomplissement des formalités consacrées par le législateur à l'article 1690 du Code civil. La doctrine française n'est pas unanime sur ce point ; nous partageons la position des auteurs qui considèrent, en s'inspirant de l'article 43, alinéa 3 de la loi du 9 juillet 1991²¹⁷⁷, que le saisissant et le cessionnaire se retrouveraient nécessairement en concours²¹⁷⁸.

En droit colombien, en revanche, il ne suffit pas de déterminer si la saisie de la créance est réalisée entre les mains du débiteur postérieurement ou antérieurement à l'accomplissement des formalités de l'article 1963 du Code civil. Si la saisie est faite entre les mains du débiteur postérieurement à la notification ou à l'acceptation, elle sera dépourvue d'effet. C'est donc le cessionnaire qui l'emporterait sur le créancier saisissant²¹⁷⁹. Cependant, dans l'hypothèse où la saisie est réalisée antérieurement à l'accomplissement des formalités mentionnées, on doit établir si la date de

²¹⁷⁵ Voir en ce sens l'article L. 211-2 du Code des procédures civiles d'exécution selon lequel « l'acte de saisie emporte, à concurrence des sommes pour lesquelles elle est pratiquée, attribution immédiate au profit du saisissant de la créance disponible entre les mains du tiers ainsi que de tous ses accessoires ».

²¹⁷⁶ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, op. cit., n° 324, p. 359 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, op. cit., n° 378, p. 376 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, op. cit., n° 1287, p. 1335.

²¹⁷⁷ Selon cette disposition, « les actes de saisie signifiés au cours de la même journée entre les mains du même tiers sont réputés faits simultanément ».

²¹⁷⁸ En faveur de cette solution : J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, op. cit., n° 324, p. 359.

²¹⁷⁹ Voir en ce sens : M. CASTRO De CIFUENTES, « Transmisión de las obligaciones », art. préc., p. 73-74 : « Pour leur part, les tiers, créanciers du cédant, ne peuvent pas saisir la créance de celui-ci une fois accomplies la notification ou l'acceptation de la cession, car la créance se trouve déjà dans le patrimoine du cessionnaire ».

l'ordonnance définitive approuvant la liquidation de la créance et les frais de procédure²¹⁸⁰ est antérieure ou postérieure à celle de la notification ou de l'acceptation de la cession par le débiteur. Ce n'est que dans le cas où la date de l'ordonnance définitive agréant la liquidation de la créance et les frais de procédure est antérieure à la notification ou à l'acceptation de la cession par le débiteur que le créancier saisissant l'emporte sur le créancier cessionnaire.

797. Enfin, quant à l'éventuel conflit entre un cessionnaire de la créance et le créancier bénéficiaire d'une garantie sur la créance, il convient encore de distinguer les solutions retenues par le droit français et celles adoptées par le droit colombien.

En droit français, conformément à l'article 2361 du Code civil, le nantissement de créance est opposable aux tiers à la date de l'acte. Ainsi, en cas de conflit entre un créancier nanti et le cessionnaire de la créance, celui-ci ne l'emportera que si l'accomplissement des formalités de l'article 1690 du Code civil est antérieur à la date du nantissement.

En droit colombien, l'opposabilité d'une garantie sur la créance est conditionnée, selon l'article 21 de la loi n° 1676 du 20 août 2013 relative aux garanties mobilières, à l'inscription dans un registre public créé précisément à ces fins²¹⁸¹. Ainsi, en cas de conflit, par exemple, entre un cessionnaire de la créance et le bénéficiaire d'une garantie sur la créance, ce qui avant la réforme correspondait à un gage sur la créance²¹⁸², il est nécessaire de comparer les dates de la notification ou de l'acceptation de la cession -plutôt que la date de la remise du titre- et celle de l'inscription de la garantie sur la créance. Si la date de la notification ou de l'acceptation de la cession est antérieure à celle de l'inscription de la garantie dans le registre, le cessionnaire l'emportera sur le créancier bénéficiaire de la garantie sur la créance. Dans le cas contraire, c'est le créancier bénéficiaire de la garantie qui l'emportera sur le cessionnaire de la créance.

798. Différentes complications résultent donc de l'application de ce mécanisme d'opposabilité, ou plutôt d'inopposabilité de la cession, compte tenu du rôle confortatif et non constitutif des formalités de l'article 1690 du Code civil français et 1960 du Code civil colombien. En outre, ce système est critiquable car ni la signification, voire la notification, ni l'acceptation dans un acte authentique ou l'acceptation simple de la cession par le débiteur, ne garantissent une véritable

²¹⁸⁰ Voir en ce sens le nouvel article 447 du Code général du procès colombien. Voir d'une manière générale, quant à la saisie des créances : H.-D. GOMEZ VELASQUEZ, *Estudio sobre obligaciones*, op. cit., n° 339, p. 609-611.

²¹⁸¹ Le registre public aux fins d'opposabilité des garanties mobilières est régi par les articles 38 et suivants de la loi n° 1676 du 20 août 2013, le décret 400 du 24 février 2014 et la résolution n° 0834 du 3 mars 2014.

²¹⁸² L'article 3 de la loi n° 1676 du 20 août 2013 dispose que le « gage sur la créance » est compris dans la grande catégorie des « garanties mobilières » et, par conséquent, doivent lui être appliquées les règles générales concernant celles-ci.

publicité de la cession, contrairement à ce qui est affirmé par une partie de la doctrine française²¹⁸³ comme colombienne²¹⁸⁴. La publicité fondée sur le débiteur n'est que supposée²¹⁸⁵. On sait que le débiteur n'est tenu d'aucune obligation d'information et que l'éventuelle information qu'il pourrait fournir aux tiers n'a pas les mêmes qualités que celle fournie par le conservateur d'hypothèques²¹⁸⁶. Nous croyons que le but du législateur, en établissant des formalités visant à rendre la cession opposable aux tiers, était d'accorder à la cession une date certaine afin de prévenir les risques d'antidate²¹⁸⁷.

Il est vrai que deux principaux arguments pourraient être évoqués à l'encontre de notre analyse. Le premier argument réside dans le fait que le législateur colombien n'exige le caractère authentique ni de la notification ni de l'acceptation. Le second argument consiste à relever que si ces formalités avaient pour finalité de doter l'acte de cession d'une date certaine, ceci ferait double emploi avec l'enregistrement²¹⁸⁸. Aucune de ces deux objections ne nous semble toutefois déterminante.

S'agissant de l'absence d'exigence du caractère authentique de la notification et de l'acceptation en droit colombien, nous avons cependant montré que les travaux préparatoires du Code civil chilien le prévoyaient. En effet, le caractère authentique de ces formalités était exigé aux fins

²¹⁸³ J. LAURENT, *La propriété des droits*, op. cit., n° 451, p. 353. L'auteur signale que « paradoxalement en égard à leur nature en principe mobilière, la cession des droits-prestation présente de ce point de vue une parenté troublante avec celle des immeubles. Au vrai, cette proximité ne doit pas surprendre : elle a pour cause la difficulté commune de la possession à réaliser seule efficacement une publicité du transfert » (n° 453, p. 355). Plus loin, l'auteur conforte sa position en soulignant que « La signification recouvre au final une fonction publicitaire : par l'intermédiaire du seul débiteur, l'ensemble des tiers seront présumés informés de l'identité du cessionnaire » (n° 454, p. 355) ; D. PARDOEL, *Les conflits des lois en matière de cession de créances*, op. cit., n° 213, p. 109 : « Ce n'est que par la possibilité offerte aux tiers de se renseigner auprès de la conservation des hypothèques que l'acte publié leur devient opposable. La publicité au sens d'une connaissance orgaisée est bien présente dans le mécanisme de la cession de créance » ; A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, op. cit., n° 243, p. 311. Rappelons que certains auteurs se réfèrent au débiteur de la créance cédée comme s'il était un quasi-conservateur d'hypothèques : Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op. cit., n° 1416, p. 801.

²¹⁸⁴ M. CASTRO De CIFUENTES, « Transmisión de las obligaciones », *Derecho de las obligaciones*, t. I, art.préc., n° 3, p. 74. La jurisprudence va dans le même sens : Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, 5 mai 1941, *GJ LI*, M.R. : Fulgencio Lequerica Vélez, p. 250-259.

²¹⁸⁵ Voir en ce sens : E. GAUDEMET, *Théorie des obligations*, op. cit., p. 455 ; PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 4^e éd., 1952 par Ripert et Boulanger, n° 1708, p. 575 ; C.-T. BARREAU-SALIOU, *Les publicités légales, Information du public et preuve des actes*, LGDJ, 1990, n° 5, p.7 qui considère qu'il est plus exact d'analyser les formalités de l'article 1690 du Code civil comme étant des « procédés établis dans l'intérêt exclusif du cessionnaire, pour le saisir définitivement erga omnes de la créance qui lui est transmise » que d'y voir des formalités de publicité. Voir également la position de certains auteurs qui affirment que si le mécanisme de la publicité foncière informe effectivement les tiers, ce n'est pas le cas de la signification ou de l'acceptation de la cession par le débiteur où le seul qui est informé est ce dernier : R. WINTGEN, *Etude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, op. cit., n° 289, p. 251.

²¹⁸⁶ V. *supra* n° 559 et s.

²¹⁸⁷ S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, op. cit., n° 206, p. 223. Rapp. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, op.cit., n° 1282, p. 1329 : « La signification par exploit d'huissier ou l'acceptation dans un acte authentique est impérativement requise pour rendre la cession opposable aux tiers autres que le débiteur lui-même. À l'égard de ceux-ci, la cession doit en effet avoir date certaine : tel a été l'objectif visé par le législateur. L'enregistrement d'un acte sous seing privé « accepté » par le débiteur devrait donc être considéré comme satisfaisant aux exigences de l'article 1690, compte tenu de sa finalité » ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Cours de droit civil, Obligations, Régime*, op. cit., n° 147, p. 265 : « Ceci explique que le Code civil, qui en a recueilli les règles, considère que seules la signification, c'est-à-dire la notification réalisée par un officier public, et l'acceptation par le débiteur de la cession dans un acte authentique, constituent des modes d'entrée en possession qui produisent un effet d'opposabilité (art. 1690 CC). Ces actes authentiques donnent date certaine à l'entrée en possession, qui peut, de la sorte, être utilisée comme un repère fiable pour régler les conflits d'ayant-cause ».

²¹⁸⁸ Voir en ce sens le nouvel article 1377 du Code civil français issue de l'ordonnance du 10 février 2016 qui correspond à l'ancien article 1328 du Code civil. Pour ce qui est du droit colombien, voir l'article 253 du Code général du procès.

précisément de l'efficacité de la cession à l'égard des tiers. Le caractère simple de la notification et de l'acceptation n'était admis que pour l'efficacité de la cession vis-à-vis du débiteur de la créance cédée²¹⁸⁹. Même si les raisons de la suppression de l'exigence du caractère authentique des formalités mentionnées ne sont pas claires, le fait que les rédacteurs du Code civil chilien aient pensé à exiger une date certaine pour l'efficacité de la cession à l'égard des tiers conforte l'idée que la notification et l'acceptation de la cession au débiteur avaient initialement pour but de diminuer les risques d'antidate.

Quant à la critique relative à l'éventuel double emploi des formalités exigées par le législateur en matière de cession de créance et de la formalité de l'enregistrement, on peut rétorquer que le simple enregistrement ne permet pas d'informer, ou plutôt, d'établir le lien entre le débiteur et le cessionnaire. Comme un auteur l'a souligné, « *La signification non seulement protège les tiers contre les cessions antidatées, mais informe également le débiteur cédé de la cession de créance* »²¹⁹⁰. Ainsi, le fait que les rédacteurs aient maintenu la signification ou l'acceptation du débiteur pourrait se justifier par l'idée d'une « économie de formes »²¹⁹¹.

799. Étant donné que ni la signification, ni l'acceptation du débiteur dans un acte authentique n'assure une véritable publicité de la cession vis-à-vis des tiers, il est critiquable de conditionner l'opposabilité du transfert de la créance à l'accomplissement de telles formalités qui s'avèrent lourdes. La consécration d'une obligation d'information à la charge du débiteur de la créance cédée suffirait-elle à soutenir le maintien de ce système ? M. Ansaloni le pense, mais nous avons déjà relevé les critiques pouvant être opposées à cette solution²¹⁹².

800. Afin de surmonter les inconvénients qui résultent de l'opposabilité du transfert conditionnée à l'information solennel du débiteur, une partie de la doctrine propose un système d'opposabilité fondé sur une véritable publicité par le biais d'une inscription dans un registre public. Cependant, cette thèse n'est pas non plus sans inconvénients.

β Opposabilité conditionnée à la publicité par le biais d'une inscription dans un registre

801. Les partisans de cette thèse préconisent la création d'un registre public aux fins d'inscription des cessions de créance. La date d'enregistrement de la cession déterminerait donc l'opposabilité du transfert à l'égard des tiers. Plus précisément, le premier cessionnaire ayant enregistré

²¹⁸⁹ V. *supra* n° 384.

²¹⁹⁰ S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, op. cit., n° 206, p. 223.

²¹⁹¹ *Ibidem*.

²¹⁹² V. *supra* n° 559 et s.

la cession l'emporterait sur le second cessionnaire, indépendamment de la date de réalisation de la cession. Il s'agit du système consacré par le Code de commerce uniforme (UCC) des Etats-Unis et reconnu également par la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international. Le droit colombien vient de consacrer ce système dans le domaine des garanties mobilières auquel la cession de créance fait partie.

S'agissant du Code de commerce uniforme des Etats-Unis, conformément aux dispositions consacrées dans sa section 9, le transfert d'une créance n'est opposable aux tiers qu'après le dépôt par le cessionnaire d'une déclaration de financement auprès de l'agent gouvernemental désigné dans chaque Etat pour accepter ces documents. La priorité est donc accordée au cessionnaire ayant déposé en premier une telle déclaration²¹⁹³.

Pour ce qui est de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international rédigée par la CNUDCI, elle prévoit, même si ce n'est qu'à titre facultatif, la possibilité de résoudre les conflits entre les titulaires d'un droit concurrent sur la créance en appliquant un système de priorité fondé sur l'enregistrement. En effet, si l'article 22 consacre la règle selon laquelle c'est la loi de l'Etat dans lequel est situé le cédant qui régit la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée par rapport au droit d'un réclamant concurrent, l'article 42, 1 (a) dispose que tout Etat peut déclarer « *qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées à la Section I de l'annexe et participera au système d'enregistrement international établi en vertu de la section II de l'annexe* ». L'une de ces règles consiste précisément, conformément à l'article 1^{er} de l'annexe de la Convention, à accorder la priorité, en cas de conflit entre deux cessionnaires de la même créance provenant du même cédant, au cessionnaire ayant enregistré en premier les données relatives à la cession, indépendamment de la date de transfert de la créance. Signalons qu'il s'agit d'un registre public sur lequel toute personne peut enregistrer des données relatives à une cession de créance. Ces données devront permettre d'identifier le cédant, le cessionnaire et les créances cédées²¹⁹⁴.

Quant au droit colombien, le dispositif du registre a été consacré par la loi n° 1676 du 20 août 2013 relative aux garanties mobilières. La consécration de cette solution s'explique par l'influence de la Convention de Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international. En effet, le législateur colombien s'est inspiré de cet instrument international pour la réglementation relative aux garanties mobilières et notamment leur opposabilité²¹⁹⁵. Il s'agit d'un registre électronique et de consultation publique et gratuite. De plus, il est important de souligner que ce qui est concerné

²¹⁹³ Voir les détails à propos de ce système : G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, thèse préc., n° 370, p. 316.

²¹⁹⁴ Voir en ce sens l'article 4 de l'annexe de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international.

²¹⁹⁵ F.-A. BONILLA SANABRIA, « El nuevo régimen legal de las garantías mobiliarias », art. préc.

par le registre n'est pas le contrat lui-même, sinon une simple notice du contrat (avis relatif à la cession). Enfin, le registre a un caractère personnel et se fonde sur l'identification du garant²¹⁹⁶.

802. Parmi les avantages du système fondé sur un registre, les auteurs en soulignent trois principaux. Le premier avantage tiendrait à la date certaine que permet d'accorder l'enregistrement, diminuant ainsi les risques de fraude. Le second avantage tiendrait à l'opposabilité anticipée du transfert en cas de la cession d'une créance future. En effet, l'enregistrement peut porter sur des données relatives à une cession de créances qui n'existent pas encore²¹⁹⁷. Il s'agit d'un avantage spécifique par rapport au système qui conditionne l'opposabilité de la cession à la notification ou l'acceptation du débiteur car, dans ce dernier cas, l'accomplissement des formalités d'opposabilité ne pourrait avoir lieu qu'au moment de la connaissance effective du débiteur²¹⁹⁸. Le troisième avantage consisterait dans une meilleure considération des cessions de créances « en bloc » dans la mesure où un enregistrement pourrait porter sur une ou plusieurs cessions effectuées par le cédant au cessionnaire²¹⁹⁹.

803. En dépit de ces avantages, le système de publicité par enregistrement sur un registre présente aussi quelques inconvénients non négligeables qui fragilisent son attractivité. Par exemple, l'enregistrement de la cession ne serait pas suffisant pour informer le débiteur de la créance cédée de la réalisation de la cession. La notification du débiteur serait donc toujours nécessaire. Ce système deviendrait alors plus coûteux que celui fondé, par exemple, sur une notification simple du débiteur auquel nous ferons référence par la suite²²⁰⁰. Dans ce cas en effet, outre un enregistrement pour l'opposabilité de la cession aux tiers, une notification au débiteur serait aussi requise²²⁰¹. L'article 9-406 du Code de commerce uniforme des Etats-Unis témoigne de cette circonstance. En effet, la publication de la sûreté ne dispense pas le créancier de notifier la cession au débiteur²²⁰². Les articles 15 et 16 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international vont dans le même sens. Le principe de protection du débiteur explique le maintien de l'exigence de notification à l'égard de celui-ci, indépendamment des règles de priorité applicables en cas de conflit

²¹⁹⁶ Voir en ce sens l'article 39 de la loi n° 1676 du 20 août 2013.

²¹⁹⁷ Voir par exemple l'article 4 (2) de l'annexe de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international. Plus encore, l'article 4 (3) consacre la possibilité de réaliser un enregistrement avant même la cession à laquelle il se rapporte.

²¹⁹⁸ G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, thèse préc., n° 465, p. 392 : « En effet, tant que le débiteur de la créance transférée n'est pas connu, la notification est par définition impossible. En revanche, une publicité fondée sur un registre permet, à certaines conditions, d'enregistrer la sûreté, alors même que l'objet sur lequel elle porte n'est pas encore identifié ».

²¹⁹⁹ Voir en ce sens l'article 4(2) de la Convention des Nations unies sur la cession de créances dans le commerce international.

²²⁰⁰ V. *infra* n° 806 s.

²²⁰¹ G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, thèse préc., n° 467, p. 394.

²²⁰² *Ibidem*, n° 461, p. 390.

entre les titulaires d'un droit concurrent sur la créance. La même solution s'impose en droit colombien conformément à l'article 28 de la loi n° 1676 du 20 août 2013²²⁰³.

Outre la difficulté issue de la nécessité de notifier le débiteur de la créance cédée, certains auteurs soulignent que l'application de ce système n'est pas sans inconvénient dans le cadre d'une cession de créance internationale. Plus précisément, pour que le système d'opposabilité de la cession fondé sur l'enregistrement parvienne à ses objectifs de sécurité juridique à un faible coût, il conviendrait de reconnaître que la loi applicable, quant à la publicité du transfert, soit celle du domicile du cédant. Si on appliquait la loi du domicile du débiteur de la créance cédée²²⁰⁴, par exemple, le système de l'enregistrement ne présenterait aucun intérêt au regard de celui de la notification, car il serait nécessaire de procéder à autant d'enregistrements qu'il y a de débiteurs, ce qui rendrait la cession beaucoup plus coûteuse²²⁰⁵.

Par ailleurs, un auteur a mis en évidence que le système d'opposabilité fondé sur l'enregistrement pourrait porter atteinte au secret des affaires. En raison du caractère public du registre, toute personne aurait accès, en principe, aux informations relatives aux affaires du créancier garant²²⁰⁶.

Enfin, il existe toujours le risque qu'entre le moment de la consultation de l'état de la créance dans le registre et la réalisation de la cession, la créance n'existe plus. Le caractère éphémère de la créance affaiblit inévitablement l'efficacité du système d'opposabilité fondé sur l'enregistrement de la cession.

804. Laissant de côté les critiques générales que suscite le système d'opposabilité par le biais de l'enregistrement, la question reste de savoir si la publicité proposée par les partisans de ce système

²²⁰³ Cette disposition régleme la situation du débiteur et laisse entendre le caractère impératif de la notification de la cession au débiteur. Les dispositions relatives à l'opposabilité en générale des garanties mobilières intègrent un chapitre différent.

²²⁰⁴ Ce qui serait le cas de la Colombie (loi n° 32 de 1992) se référant au Traité de Montevideo du 12 fév. 1889 : L. D'AVOUT, « La transmission de l'obligation en droit international privé », art. préc., p. 127 qui, en se référant à la loi applicable à la publicité des transmissions, souligne qu' « En Amérique latine, les pays qui, comme la Colombie, restent fidèles au rattachement des obligations à la loi de leur lieu d'exécution et récusent le libre choix de la loi au contrat permettent, peut-on penser, d'aboutir souvent à la centralisation du droit applicable sous l'empire de la loi du domicile du débiteur. Cette loi est, en effet, tout à la fois la loi du lieu d'exécution de la créance transmise et la loi du contrat opérant la cession ».

²²⁰⁵ G. ANSALONI, *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, thèse préc., n° 469, p. 396. Parmi les raisons qui ont conduit à abandonner le projet de création d'un registre spécial des cessions de créance tenu par le conservateur des hypothèques et proposé à une époque par le juriste belge Laurent, on peut évoquer celle tenant au coût d'un tel système et la difficulté de déterminer l'endroit où une telle publicité devait être réalisée. Sur ce projet de publicité des cessions de créance, v. not. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil français*, t. II, 8^e éd. LGDJ, 1921, n° 1617.

²²⁰⁶ O. DESHAYES, « La cession de créance peut-elle être opposable aux tiers sans formalité ? », art. préc., spéc. p. 82 ; B. PARANCE, *La possession des biens incorporels*, op. cit., n° 387 : « Les créances de droit commun ne sont pas dotées d'un réel système de publicité. Il serait possible intellectuellement d'imaginer un grand fichier central informatique qui enregistrerait toutes les créances entre personnes. On pourrait ainsi concevoir un fichier personnel auprès de qui devraient être déclarées toutes les créances de chaque personne et tous les événements les affectant. Mais de telles contraintes sont inconciliables avec un minimum de liberté individuelle » ; J. LAURENT, *La propriété des droits*, op. cit., n° 454 : « Afin d'assurer la publicité du transfert, la cession de créances aurait pu justifier la création d'un registre sur le modèle de la publicité foncière. Un tel système aurait été néanmoins peu compatible avec les impératifs de rapidité et d'efficacité que requiert la mobilisation de tels biens ».

aurait un rôle constitutif ou plutôt confortatif. Nous avons montré que la différence entre ces deux types de publicité n'est pas anodine. Si on admettait que la publicité avait un rôle constitutif, on conclurait que le transfert, même entre les parties, ne pourrait avoir lieu qu'à la date de l'enregistrement. A notre sens, cette solution entraverait de manière trop importante et injustifiée la libre circulation des créances.

805. À côté du système d'opposabilité du transfert fondé sur la publicité de la cession -soit par l'intervention du débiteur de la créance cédée, soit par le biais d'un registre public -, certains auteurs défendent l'idée d'une opposabilité conditionnée à la date d'une notification simple au débiteur sans y voir pour autant une formalité de publicité. Les avantages de cette thèse ne nous semblent cependant pas suffisants pour compenser ses inconvénients.

ii) Les inconvénients de la thèse conditionnant l'opposabilité à la date de notification du débiteur

806. Une partie de la doctrine française était favorable à l'assouplissement des formalités prévues à l'article 1690 du Code civil français. L'idée était de remplacer la signification et l'acceptation dans un acte authentique par une notification simple au débiteur²²⁰⁷. C'était la conception consacrée par l'article 107 de l'avant-projet de la chancellerie portant sur la réforme du régime général des obligations. En effet, cette disposition prévoyait que « *la cession n'est opposable aux tiers qu'à compter de sa notification au débiteur cédé, sur support papier ou électronique, par le cédant ou par le cessionnaire, ou à compter de l'intervention du débiteur à l'acte de cession* ». Il s'agit également de l'une des règles de priorité pouvant être choisie par les parties conformément à l'article 9 de l'annexe de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international²²⁰⁸. On peut même affirmer qu'il s'agit de la thèse consacrée par le législateur colombien. Rappelons en effet que conformément à l'article 1960 du Code civil colombien, l'efficacité de la cession est conditionnée, soit à la notification, soit à l'acceptation par le débiteur, sans que le législateur ait exigé le caractère authentique de ces formalités²²⁰⁹.

²²⁰⁷ Ph. EMY, « A propos de l'opposabilité d'une cession de créance », art. préc., n° 16, p. 2893 qui, se référant à l'avant-projet de réforme du droit des obligations affirme que « *la réforme de la cession de créance gagnerait à être moins révolutionnaire et à conserver les bases du système actuel, dont l'information délivrée au débiteur cédé constitue la pierre angulaire. Il suffirait de remplacer la signification par une simple notification pour mettre fin à la lourdeur du système actuel. Il reviendrait au cessionnaire diligent de réaliser cette formalité allégée afin de consolider pleinement son droit. Cette notification continuerait d'assurer l'opposabilité erga omnes du transfert de propriété, ce qui permettrait notamment d'éviter une dissociation du transfert de propriété* ».

²²⁰⁸ Selon les termes de cette disposition, « *entre des cessionnaires de la même créance provenant du même cédant, la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée est déterminée par l'ordre dans lequel les notifications des différentes cessions ont été reçues par le débiteur. Cependant, un cessionnaire ne peut, en adressant une notification au débiteur, obtenir la priorité sur une cession antérieure dont il avait connaissance à la date de la conclusion du contrat de cession à son profit* ».

²²⁰⁹ V. *supra* n° 798.

807. Le principal avantage de cette thèse réside dans l'assouplissement des formes. De plus, on pourrait penser que le risque de fraude serait moindre dans la mesure où l'opposabilité est conditionnée à la date de notification du débiteur. Étant donné que celui-ci n'intervient pas à la réalisation de la cession, on pourrait s'attendre à son impartialité. Cependant, ces arguments ne nous semblent guère suffisants pour défendre la thèse de l'opposabilité du transfert à la date de la notification de la cession au débiteur. Une raison principale justifie notre position : si l'on conditionnait l'opposabilité du transfert aux tiers à la date de notification de la cession au débiteur, il conviendrait également de retarder le transfert de la créance *inter partes* à ce moment. Cette solution s'imposerait car l'idée d'une quelconque dissociation du transfert *inter partes* et vis-à-vis des tiers est à rejeter²²¹⁰. Cependant, il ne paraît pas justifié de retarder le transfert de la créance à l'accomplissement d'une formalité qui n'accorde ni une date certaine ni une véritable publicité de l'acte. Et même si l'on considérait que la notification a un rôle seulement confortatif de la situation du cessionnaire, il ne paraît pas justifié de conditionner la pleine efficacité du transfert de la créance à l'accomplissement d'une formalité, la notification simple, alors que celle-ci ne permet pas d'accorder à l'acte une date certaine, contrairement aux formalités de la signification ou de l'acceptation dans un acte authentique²²¹¹.

808. Ni l'opposabilité du transfert conditionnée à la publicité -soit par le biais du débiteur de la créance cédée, soit par le biais de l'enregistrement- ni celle subordonnée à la notification simple du débiteur n'est donc exempte d'importantes difficultés pratiques. En revanche, l'opposabilité du transfert conditionnée à la seule exigence d'un écrit daté et signé par les parties présente des avantages indéniables.

iii) Les avantages de l'opposabilité conditionnée à la seule exigence d'un écrit daté et signé par les parties

809. A travers la réforme issue de l'ordonnance du 10 février 2016, le droit français vient de consacrer l'opposabilité du transfert à la date de l'acte de cession²²¹². Contrairement à ce qui est affirmé par la doctrine majoritaire française, il ne s'agit pas d'un système d'opposabilité du transfert

²²¹⁰ V. *supra* n° 783 et s.

²²¹¹ O. DESHAYES, « La cession de créance, peut-elle être opposable aux tiers sans formalité », art. préc., p. 76 : « Alléger les formalités d'opposabilité de la cession aux tiers, comme le suggère l'avant-projet de la chancellerie, est bien le moins que l'on puisse faire. Cette voie n'appelle pas réellement de commentaires. Tout au plus faut-il signaler qu'elle oblige à repenser la question de l'opposabilité aux tiers de la date d'accomplissement des formalités d'opposabilité. N'étant plus nécessairement authentique, l'acte par lequel l'opposabilité serait assurée n'aurait donc plus nécessairement date certaine à l'égard des tiers (art. 1328 C. civ) ».

²²¹² En effet, le nouvel article 1323 dispose qu'« entre les parties, le transfert de la créance s'opère à la date de l'acte. Il est opposable aux tiers dès ce moment. En cas de contestation, la preuve de la date de la cession incombe au cessionnaire, qui peut la rapporter par tout moyen ».

qui « *ne requiert aucune démarche ni l'accomplissement d'aucune formalité* »²²¹³. L'opposabilité du transfert est soumise, indirectement, à la rédaction d'un écrit, condition de validité de la cession de créance²²¹⁴. Cette exigence nous semble pertinente si l'on tient compte du fait que l'objet du transfert est une créance, bien immatériel. En raison de la nature immatérielle de la créance, l'exigence de l'écrit s'avère effectivement être une formalité pertinente afin de garantir un minimum de sécurité juridique dans la circulation de ce type de biens²²¹⁵ ; à défaut de pouvoir assurer une véritable publicité, ni la remise du titre du droit colombien ni la signification ou l'acceptation du débiteur ne permettant de réaliser une véritable publicité de la cession²²¹⁶, l'exigence d'un écrit accorde un minimum de sécurité aux tiers, sans constituer pour autant une formalité trop contraignante.

810. Un autre avantage du système d'opposabilité conditionné à la rédaction d'un écrit réside dans la possibilité de favoriser le transfert de créances futures. On peut constater, contrairement à ce qui est défendu par les partisans de l'opposabilité conditionnée à la publicité par le biais d'un registre, que celle-ci n'est pas la seule permettant de garantir un système d'opposabilité efficace en matière de cession de créances futures ou en bloc. L'opposabilité conditionnée à la rédaction d'un écrit permet également de garantir un système d'opposabilité efficace pour ce type spécifique de créances. Il suffit de considérer, comme en matière de nantissement de créance en droit français, que si le transfert ne peut avoir lieu effectivement qu'à partir de la naissance de la créance, le contrat est opposable aux tiers dès sa conclusion. En d'autres termes, le cessionnaire aurait, dès la conclusion du contrat de cession, un droit à faire valoir sur la créance. Les tiers seraient effectivement tenus de respecter le contrat dès sa conclusion. Par conséquent, on devrait reconnaître la priorité au cessionnaire bénéficiaire de la première cession. Si le transfert ne peut en effet avoir lieu qu'à partir du moment de l'existence de la créance, l'opposabilité du contrat à la date de l'acte devrait assurer une protection suffisante du cessionnaire, de la même manière que l'inscription le protégerait dans le cadre du système de l'enregistrement²²¹⁷.

²²¹³ Voir en ce sens, O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 643-644.

²²¹⁴ En ce sens, v. le nouvel article 1322 du Code civil selon lequel, « *la cession de créance doit être constatée par écrit, à peine de nullité* ».

²²¹⁵ Voir en ce sens, et de manière générale par rapport à l'exigence d'une tradition réelle, par exception au principe de tradition intellectuelle ou civile, les dispositions originaires du Code Napoléon : Ph. CHAUVIRE, *L'acquisition dérivée de la propriété, le transfert volontaire des biens*, op. cit., n° 462, p. 296 : « *Ce rapport pourrait être simplement découvert dans la volonté du législateur de limiter les situations dans lesquelles les biens incorporels seraient transmissibles par la seule force de la volonté. De telles situations, en effet, auraient pour conséquence d'exacerber les inconvénients du transfert solo consensus. Celui-ci étant par essence occulte, la localisation des biens immatériels serait très difficilement réalisable et les risques de conflits seraient multipliés. Le message que semble porter le législateur pourrait donc être ainsi résumé : « immatériel sur immatériel ne vaut ».* La dématérialisation de la tradition par le Code civil s'accommoderait mal du caractère incorporel de certains biens, en raison de la trop grande atteinte qu'elle porterait à la sécurité juridique ».

²²¹⁶ V. supra n° 798 s.

²²¹⁷ C. GIJSBERS, « Le nouveau visage de la cession de créance », art. préc., p. 54. Voir en matière de nantissement de créance : M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, op. cit., n° 46, p. 37 : « *Dans le nantissement de créance future, il y a simplement une dissociation-*

811. Néanmoins, en dépit de l'assujettissement de la validité et, de manière indirecte, de l'opposabilité du transfert à la rédaction d'un écrit, il est regrettable, nous le répétons, que le législateur français n'ait pas exigé certaines mentions obligatoires, telles que la date et la signature de parties.

L'exigence d'une date joue un rôle indispensable pour trancher les conflits entre les titulaires d'un droit concurrent sur la créance²²¹⁸. Il est vrai que le risque de fraude existe dès lors que l'on n'exige pas que l'acte ait une date certaine²²¹⁹. Selon certains auteurs, le fait de ne pas avoir exigé le caractère certain de la date augmente le risque d'une double mobilisation dans le cadre de la cession de droit commun en droit français, étant donné que le cessionnaire ne sera pas nécessairement un établissement de crédit²²²⁰. Mais si cette critique est intéressante, elle n'est pourtant pas entièrement fondée. Il est vrai que le risque d'une double mobilisation n'est pas négligeable. Ce risque n'est pas complètement absent dans le système originaire prévu par les rédacteurs du Code Napoléon, ni par le système consacré par le législateur colombien en droit commun²²²¹. En outre, comme un auteur l'a bien souligné, un tel comportement de la part du cédant reste susceptible d'être sanctionné du point de vue du droit pénal²²²². De même, le second cessionnaire pourra toujours agir contre le cédant en raison de la garantie due en cas de cession à titre onéreux. En tout état de cause, les parties pourraient décider, en vertu du principe de liberté contractuelle, d'avoir recours à un acte authentique afin de donner plus de garanties à l'opération. Mais cela relève du choix des parties.

Pour ce qui est de la signature par les parties, son exigence est importante car elle témoigne de la réelle intention de ces dernières de transférer et d'acquérir une créance, mais surtout, elle accorde au débiteur une sorte de garantie du caractère sérieux du transfert²²²³.

certes inhabituelle mais sans doute tolérable-entre la date d'opposabilité et la date de naissance du droit. La rétroactivité de l'opération n'a rien de plus rationnel, puisqu'elle revient à dire que la créance, qui n'existait pas encore, était déjà cédée ou nantie. Mieux vaut dire, avec le Code civil, que le droit n'est acquis qu'à la date de naissance de la créance, mais que la sûreté est opposable à tout tiers acquérant un droit après l'acte de nantissement. L'acrobatie est moindre et le résultat est identique. Au final, c'est toute la question de la date de naissance des créances qui se trouve évincée : à compter de la date de l'acte, les droits du créancier nanti ne peuvent plus être altérés par un événement postérieur, peu important le moment où ils naissent effectivement ».

²²¹⁸M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IX), LPA, 26 avril 2016, art. préc., spéc. art. 1323 : « La loi aurait pu être un peu plus exigeante et requérir des mentions obligatoires, notamment celle de la date. Il sera conseillé aux parties de procéder à l'enregistrement de l'acte sous seing privé (art. 1377) ou de recourir à l'acte authentique ».

²²¹⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 1417, p. 802 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 864, p. 740 : « Comme souvent, la rançon de la souplesse se paye en insécurité, insécurité contre laquelle les parties pourront lutter en passant leur accord par acte notarié, ou un enregistreur leur acte sous signature privée afin qu'il acquière date certaine, ce qui peut s'apparenter, à certains égards, comme un retour à la case départ ».

²²²⁰ F. PETIT, « Réflexions sur la sécurité dans la cession de créance dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations », art. préc., spéc. n° 11, p. 2821 : « De fait, lorsqu'une personne propose de céder une créance à sa banque, la méfiance de celle-ci à l'égard de son client, dont la situation financière peut laisser à penser que la créance risque de faire l'objet d'une double mobilisation, la conduit à refuser certaines mobilisations. En revanche, en envisageant la possibilité de céder n'importe quelle créance à n'importe quelle personne, la proposition de l'avant-projet laisse déjà deviner les risques que peut présenter cette solution quant au surendettement des particuliers ».

²²²¹ V. *supra* n° 795.

²²²² O. DESHAYES, « La cession de créance, peut-elle être opposable aux tiers sans formalité ? », art. préc., n° p. 88.

²²²³ V. *supra* n° 473.

812. Ceci étant précisé, la question se pose de déterminer la manière par laquelle le cessionnaire serait effectivement protégé en cas de conflit avec le titulaire d'un droit concurrent sur la créance. Plus précisément, on se demande si, en cas d'un paiement libératoire du débiteur entre les mains d'un créancier apparent, le cessionnaire premier en date dispose d'un recours contre celui auquel le débiteur aurait fait un paiement. Cette situation risque de se présenter car si l'opposabilité du transfert aux tiers a lieu à la date de l'acte conformément au nouvel article 1323 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016, la cession n'est opposable au débiteur, selon les termes du nouvel article 1324 du même code issu de l'ordonnance, qu'à partir de la notification de la cession ou de sa prise d'acte²²²⁴.

813. La cession Dailly témoigne de cette problématique, car malgré le caractère facultatif de la notification de la cession au débiteur dans ce dispositif, celui-ci réalise un paiement libératoire entre les mains d'un créancier apparente tant qu'il n'a pas reçu de notification. Étant donné la règle de l'opposabilité du transfert aux tiers à la date de la remise du bordereau²²²⁵, la question se pose en effet de déterminer si, en cas de conflit avec le titulaire d'un droit concurrent, le cessionnaire premier en date dispose d'un recours contre l'*accipiens*. Certains arrêts l'ont admis²²²⁶. Quant à la doctrine, elle est partagée. Pour certains auteurs²²²⁷, le recours en faveur du cessionnaire premier en date ne devrait pas être admis. Deux raisons principales sont invoquées. La première raison réside dans l'extinction du droit de créance avec le paiement libératoire du débiteur entre les mains du créancier apparent²²²⁸. La seconde consiste à considérer que si l'on admettait un tel recours, on serait en présence d'une sorte de revendication qui porterait non sur la créance elle-même mais sur les sommes d'argent. Cependant, le caractère fongible de la monnaie ferait obstacle à cette solution. Aucun de ces deux arguments ne nous paraît convaincant pour refuser le recours du premier cessionnaire en date à l'encontre de l'*accipiens*.

²²²⁴ Mise à part l'hypothèse d'opposabilité de la cession dans le cas du consentement de la cession par le débiteur dans l'hypothèse de la consécration d'une clause d'incessibilité de la cession. Voir en ce sens O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, art. 1325, p. 652, même si l'auteur affirme que pour le caractère libératoire du paiement, il doit être de bonne foi. Nous avons vu qu'une telle condition n'a pas été consacrée par le législateur de sorte que la simple connaissance de la cession par le débiteur n'empêche pas que le paiement soit considéré comme étant libératoire.

²²²⁵ Voir en ce sens l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier.

²²²⁶ C.A. Paris, 4 janvier 1990, *D.* 1990, somm. com. 233, obs. M. Vasseur ; Cass. com. 19 mai 1992, *Bull. civ.* IV, n° 190, p. 133 ; *RTD com.* 1992, 655, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

²²²⁷ M. CABRILLAC, *Les conflits entre les cessionnaires d'une même créance transmise par bordereau*, *D.* 1990, p. 127 et s., spéc. n° 13.

²²²⁸ Certains auteurs font en effet référence à la rareté des hypothèses de revendication des créances en raison du fait que la créance revendiquée par le *verus dominus* -premier cessionnaire- aura le plus souvent été payée au possesseur -second cessionnaire- et aura donc été éteinte par ce paiement : J. LAURENT, *La propriété des droits*, *op.cit.*, n° 419, p. 365 s., cité par Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, *op. cit.*, p. 642, note 2826 qui laisse entendre que cela ne fait pas vraiment disparaître l'intérêt lié à l'application de l'article 2276 car s'il ne revendique pas *stricto sensu* une créance désormais éteinte, le *verus dominus* exerce bel et bien une action contre le second acquéreur pour l'« évincer ».

En premier lieu, l'admission d'un tel recours s'avère conforme avec la règle selon laquelle le transfert de créance est opposable à la date de la remise du bordereau²²²⁹. Le refus de ce recours en faveur du premier cessionnaire en date viderait de sens cette règle de priorité. En second lieu, s'agissant de la revendication des choses fongibles, on ne voit pas pourquoi elle doit être refusée. Il suffirait juste d'admettre que la somme d'argent viendrait se substituer au droit de créance. Il serait en effet contestable de complètement dissocier le droit de créance de la somme d'argent correspondant à son paiement. La somme d'argent serait une sorte de prolongation du droit de créance²²³⁰.

814. Compte tenu de ce débat en matière de cession Dailly, le nouvel article 1325 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 est à saluer. En effet, le législateur a pris soin de préciser que « *le concours entre cessionnaires successifs d'une créance se résout en faveur du premier en date ; il dispose d'un recours contre celui auquel le débiteur aurait fait un paiement* ». Cette disposition devrait donc éviter que se forme un tel débat dans le cadre de la cession de droit commun. Certains auteurs affirment que cette règle est la conséquence logique d'une autre selon laquelle « *entre les parties au contrat de cession, la transmission de la créance s'opère à la date de l'acte (art. 1323. al. 1^{er})* »²²³¹. Nous considérons plutôt qu'elle est la conséquence de la disposition selon laquelle « *il (le transfert) est opposable aux tiers dès ce moment (art. 1323. al. 2)* »²²³². Est-ce à dire que le législateur a reconnu une action revendicatoire en faveur du cessionnaire ? Nous le pensons. Le législateur s'est donc prononcé contre l'acquisition de bonne foi d'une créance²²³³. Les arguments esquissés pour défendre un tel recours en matière de cession Dailly sont transposables à la cession de droit commun après la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016. Malgré les avantages de la consécration expresse d'un tel recours par le législateur, deux incertitudes persistent.

La première incertitude est relative à la possibilité d'appliquer cette disposition à d'autres hypothèses que celle du conflit entre « cessionnaires successifs d'une même créance », la seule

²²²⁹ Ch. LARROUMET, *Le conflit entre cessionnaires successifs d'une créance transmise par bordereau*, JCP E, II, 15877, spéc. n° 7 et s.

²²³⁰ M. VASSEUR, « Un grave problème d'application de la loi Dailly », art. préc., n° 11, p. 75 : « *Quant à dissocier, ainsi qu'on s'efforce de le faire, la créance cédée d'une part, son objet d'autre part, c'est-à-dire la somme d'argent à laquelle elle correspond, afin de soutenir que la créance cédée, une fois payée par le débiteur cédé, est éteinte et que ne subsistent plus que des fonds sans odeur ni provenance, détachés de la créance qu'ils ont pour fin d'éteindre, tombant en quelque sorte du ciel dans l'escarcelle du banquier réceptonnaire, qui ne conviendra qu'il y a là beaucoup de subtilité ?* » ; Voir également Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, n° 515, p. 513 : « *Si perpétuation il y a, ce n'est pas celle du bien lui-même mais plutôt du statut juridique qui lui était appliqué, entendu comme le réseau de droit et obligations dont le bien disparu était le siège et auquel le bien qui le remplace sera soumis parce qu'il en constitue la représentation économique* ». Rapp. T. JACOB, *Cession de créance et opposabilité*, thèse préc., n° 590, p. 275.

²²³¹ N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., art. 1326, p. 187-188.

²²³² Voir en ce sens : O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., art. 1325, p. 652 : « *s'agissant, premièrement, de déterminer lequel des multiples cessionnaires de la créance primera les autres, le texte indique que le concours « se résout en faveur du premier en date »*. Cette solution n'est qu'une application de la règle de principe gouvernant l'opposabilité de la cession aux tiers (...) : *opposable dès sa date, la cession investit définitivement le premier cessionnaire de la créance, laquelle ne peut plus par la suite être transmise par le cédant* » ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 871, p. 745 ; B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats*, op. cit., n° 1088, p. 272.

²²³³ Voir à propos du débat concernant le sujet : Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, op. cit., n° 644 et s.

hypothèse visée expressément par le législateur. Plus précisément, pourrait-on appliquer cette règle en cas de conflit entre un cessionnaire de droit commun et le bénéficiaire d'un nantissement de créance ? Ou encore, en cas de conflit entre un cessionnaire de droit commun et un cessionnaire Dailly ? Nous le pensons. En dépit du silence du législateur français à ce propos, le fait que celui-ci ait consacré le principe du transfert entre les parties et son opposabilité aux tiers à la date de l'acte milite en faveur de cette solution²²³⁴.

La seconde incertitude concerne l'application de la règle selon laquelle la cession de créance est opposable aux tiers à la date de l'acte dans l'hypothèse d'un conflit entre deux cessionnaires d'une même créance future. En effet, malgré la règle de l'opposabilité immédiate du transfert aux tiers, l'alinéa 3 du nouvel article 1323 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 dispose que « *toutefois, 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* ». Cela voudrait-il dire que l'opposabilité du transfert en cas de cession d'une créance future ne serait acquise qu'à la date de naissance d'une telle créance ? Nous ne le pensons pas. Dans le cas contraire, on devrait conclure que les cessionnaires concurrents sur une créance future auraient acquis leur droit sur la créance au même instant et il serait donc impossible de trancher le conflit qui les oppose²²³⁵. Ainsi, il conviendrait plutôt d'admettre que la cession d'une créance future est opposable à la date de l'acte même si elle ne produira son effet translatif qu'à la naissance de la créance. Le conflit entre les cessionnaires concurrents d'une créance future devrait donc être réglé en fonction de la date des actes²²³⁶.

815. En ce qui concerne le droit colombien, on sait que la question relative à un éventuel recours du *verus dominus* contre le créancier apparent ayant reçu un paiement libératoire pour le débiteur ne se pose pas aujourd'hui. La raison en est que l'opposabilité de l'effet translatif et la modification du

²²³⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op. cit., n° 1419, p. 802 : « C'est donc à qui se prévaut de l'antériorité de son droit sur la créance d'en démontrer l'exactitude. S'il y parvient, son droit prévaudra car le conflit entre titulaires des droits concurrents sur la créance, par exemple entre cessionnaires successifs, se résout en faveur du premier en date (art. 1325) » (nous soulignons). Le recours à l'expression « par exemple » permet de déduire que pour les auteurs il ne s'agit que d'une hypothèse parmi d'autres. Voir également : G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 865, p. 740 qui se servent de cette disposition pour expliquer la résolution du conflit entre un cessionnaire et un créancier nanti par exemple. Voir expressément en faveur de cette solution : J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations, Régime général*, 4^e éd., n° 481, p. 472 : « Evidemment, il n'y a pas lieu de limiter le recours du premier cessionnaire contre le second au conflit après paiement entre deux cessionnaires de droit commun. Posée dans ce cadre, la règle a plus généralement vocation à s'appliquer aux conflits entre un cessionnaire de droit commun et un cessionnaire par bordereau, une société d'affacturage su brogée dans les droits du créancier, un créancier nanti ou encore un créancier saisissant ».

²²³⁵ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., art. 1323, p. 646 ; M. JULIENNE, *Le régime général des obligations après la réforme*, op. cit., n° 171, p. 111 ; Ch. GIJSBERS, « Le nouveau visage de la cession de créance », art. préc., p. 54.

²²³⁶ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *ibidem* ; F. CHENEDE, « La cession de créance », art. préc., n° 15, p. 95 ; M. JULIENNE, *ibidem* ; Ch. GIJSBERS, *ibidem* ; F. DANOS, « Proposition de modification de l'article 1323 du Code civil : l'opposabilité aux tiers de la cession d'une créance future », *RDC* 2017, p. 200.

lien obligatoire s'opèrent en même temps²²³⁷, de sorte que la question relative aux conséquences d'un paiement réalisé par le débiteur à un tiers ayant notifié, mais dont la cession n'est pas opposable au cessionnaire concurrent, ne se pose pas²²³⁸.

En tout état de cause, dans l'hypothèse d'une réforme en droit colombien prenant la même orientation que celle du droit français²²³⁹, le recours en faveur du véritable titulaire de la créance contre celui ayant reçu un paiement libératoire de la part du débiteur devrait être également admis. Mais il est vrai que cette solution pourrait être remise cause au regard des dispositions générales du Code civil colombien concernant la revendication. En effet, son article 947 dispose que « *peuvent être revendiquées les choses corporelles, immeubles et meubles* ». Cependant, le législateur colombien reconnaît par exemple, à l'article 955 du Code civil, que l'« *action en revendication aura lieu contre celui qui a aliéné la chose pour la restitution de ce qu'il a reçu pour celle-ci, pourvu que par le fait de l'aliénation la suite du bien soit devenue difficile ou impossible ; et s'il l'a aliénée en sachant que la chose appartenait à autrui, pour la réparation de tout préjudice* ». Le législateur ne se montre donc pas entièrement réticent à la revendication d'une somme d'argent. Dans l'hypothèse envisagée, on peut considérer que la solution se justifie car la somme d'argent vient se substituer au bien aliéné.

Plus encore, conformément aux récentes dispositions en matière de cession de créance à titre de garantie, le législateur colombien reconnaît un recours en faveur du véritable titulaire de la créance contre celui ayant reçu le paiement du débiteur en qualité de créancier apparent. L'article 29 de la loi n° 1676 de 2013 précise que si le débiteur reçoit plusieurs notifications avant le paiement, celui-ci ne sera libératoire que s'il est réalisé conformément aux instructions prévues dans la première notification²²⁴⁰. Le législateur a cependant disposé qu'indépendamment du caractère libératoire du paiement fait par le débiteur, les droits ou actions d'autres créanciers garantis ou d'autres cessionnaires contre le premier exécutant sont préservés, et cela afin précisément de faire valoir l'ordre de priorité établi par la loi. Ainsi, un cessionnaire qui a publié le premier la cession bénéficierait d'un recours contre un second cessionnaire ayant pourtant notifié le premier la cession au débiteur²²⁴¹. Le législateur colombien entérine ainsi la thèse selon laquelle le droit de créance se prolonge, d'une certaine manière, par la somme d'argent remise pour le débiteur.

²²³⁷ Il s'agit de la même situation qu'en droit français avant la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016.

²²³⁸ En ce sens : T. JACOB, *Cession de créance et opposabilité*, *op. cit.*, n° 577, p. 270.

²²³⁹ C'est-à-dire une réforme conditionnant le transfert *inter partes* et son opposabilité aux tiers à la date de l'écrit daté et signé par les parties, mais subordonnant la modification du lien d'obligation à la notification du débiteur de la créance cédée.

²²⁴⁰ On sait que le législateur colombien s'est éloigné sur ce point des dispositions prévues dans certains instruments internationaux où il est prévu que le débiteur doit agir, par exemple, en conformité avec les dernières instructions reçues.

²²⁴¹ Rappelons que conformément l'article 35 de la loi n° 1676 du 20 août 2013, à défaut de réglementation spéciale relative à l'opposabilité de la cession de créance à titre de garantie, il convient de conclure qu'elle a lieu à partir de l'inscription des données relatives à la cession dans le registre public créé à ces fins.

816. Si l'opposabilité du transfert résultant de la cession est l'effet le plus important et caractéristique de la cession, on sait que celle-ci est un contrat qui n'a pas une nature exclusivement dispositive, contrairement à l'analyse défendue au sein d'autres systèmes juridiques, tel le droit allemand²²⁴². De sorte que si la cession est un acte juridique ayant des effets autant obligationnels que réels, il paraît réducteur d'analyser la question concernant son efficacité ou rayonnement à l'égard des tiers en tenant compte seulement de l'opposabilité de son effet translatif. En effet, on a vu que les règles relatives à l'opposabilité de l'effet translatif ne concernent que « *ceux qui demeurés étrangers à la cession, prétendent avoir, à l'égard de la créance cédée, des droits que la cession tend à anéantir ou à restreindre* »²²⁴³.

Il convient donc d'aborder la question relative aux effets de la cession vis-à-vis de ceux qui, sans avoir à l'égard de la créance cédée des droits que la cession risque d'anéantir ou de restreindre, ne sont pas nécessairement des personnes totalement étrangères aux parties. Il s'agit donc d'analyser la situation de ceux qu'une partie de la doctrine qualifie de « tiers intéressés » afin de les distinguer des *penitus extranei* caractérisés par une parfaite extranéité²²⁴⁴. En d'autres termes, il s'agit d'étudier la question de l'opposabilité générale du contrat de cession.

B- L'opposabilité générale du contrat de cession

817. En principe, pour qu'un contrat soit opposable aux tiers, ceux-ci doivent avoir connaissance de l'existence du contrat. Cette connaissance est donc une condition nécessaire de l'opposabilité²²⁴⁵. Ainsi, et sauf disposition contraire, il s'agit de la règle qui doit être appliquée en matière de cession de créance. Cet aspect a été mis en relief de manière importante par M. Mignot à l'occasion de la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016. Cet auteur a en effet insisté sur le besoin de distinguer entre « l'opposabilité » des effets du contrat spécial qui intègre la cession et

²²⁴² V. *supra* n° 2259.

²²⁴³ V. *supra* n° 774 et s.

²²⁴⁴ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat, op.cit.*, n° 684, p. 730-731 ; Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique, op.cit.*, p. 4-8, spéc. p. 8 : « Les « penitus extranei » ne désignent alors qu'un « état sauvage », que le Droit objectif ignore puisqu'il ne reconnaît de droit d'agir qu'aux seules personnes intéressées. Finalement, et tant qu'ils demeurent des penitus extranei, les tiers n'intéressent pas le Droit. Ce n'est que s'ils justifient d'un intérêt par rapport à la situation objective que l'acte juridique engendre qu'ils se verront reconnaître certaines prérogatives. C'est le maintien de sa parfaite extranéité qui empêche le penitus extraneus d'accéder à la qualité juridique de tiers, seule à même de lui ouvrir la voie de réagir contre l'acte juridique ».

²²⁴⁵ G. VIRASSAMY, « Connaissance et l'opposabilité », *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, M. Fontaine et J. Ghestin (dir.), LGDJ, 1992, n° 47, p. 151 : « Il nous est finalement apparu, au terme de ce rapport, que l'opposabilité est étroitement liée à la connaissance. Cette conclusion s'impose sans aucun doute pour les actes portant sur des droits personnels, mais également, quoiqu'avec plus de nuance, pour ceux ayant pour objet des droits réels. Et l'exigence de la connaissance s'explique parfaitement puisque la technique de l'opposabilité des contrats aux tiers repose implicitement sur le mécanisme de la responsabilité civile. Celle-ci suppose nécessairement une faute qui consistera à porter atteinte aux prévisions ou aux anticipations d'autrui en pleine connaissance de la situation contractuelle aménagée. L'opposabilité vient ainsi incontestablement limiter la liberté d'action des tiers, désormais contraints de respecter l'existence des conventions, ce qui suppose toutefois qu'ils en aient eu connaissance » ; M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (V), LPA, 30 mars 2016, art. préc., spéc. art. 1200 où l'auteur souligne, en se référant au nouvel article 1200 du Code civil, qu'« Au titre des conditions, la loi aurait pu indiquer que les tiers doivent respecter le contrat à condition d'avoir connaissance de son existence (art. 1216, al. 2^e ; 1324 et 1346-5. Comp. art. 1323). On ne peut respecter que ce que l'on connaît. Et au titre des sanctions, elle aurait pu organiser la réparation due par le tiers au contractant victime dont on sait qu'elle peut avoir lieu en nature ou par équivalent selon les cas ».

l'« opposabilité » du transfert de la créance qui n'en est qu'un aspect particulier. Ainsi, il a pu conclure que la règle de l'opposabilité de la cession de créance à la date de l'acte ne concerne que l'effet translatif issu du contrat de cession. Cette disposition ne modifierait en rien les règles générales d'opposabilité du contrat consacrées au nouvel article 1200 du Code civil²²⁴⁶. Rappelons que c'est sur la base de cette précision que cet auteur défend la possibilité pour le débiteur, tiers au contrat de cession, d'invoquer la connaissance du contrat de cession afin de refuser de se libérer entre les mains du cédant. Le débiteur pourrait donc invoquer le contrat de cession, en tant que fait juridique, dès qu'il aurait acquis connaissance de la conclusion du contrat de cession²²⁴⁷. Sans revenir sur notre position à propos de la possibilité pour le débiteur d'invoquer le contrat de cession dès sa connaissance, malgré le défaut de la notification ou de sa prise d'acte²²⁴⁸, insistons seulement sur le fait que la règle en matière d'opposabilité du contrat en général est celle de la connaissance du tiers.

818. Si la connaissance est une condition générale d'opposabilité du contrat aux tiers²²⁴⁹, la question reste de déterminer si celle-ci doit être présumée ou non. Une partie minoritaire de la doctrine considère qu'elle doit l'être²²⁵⁰, mais nous partageons la position de la doctrine majoritaire selon laquelle la connaissance du contrat ne doit pas être présumée²²⁵¹. Dans la mesure où l'opposabilité limite la liberté d'action des tiers, il s'avère nécessaire que la connaissance du tiers soit effective²²⁵². On pourrait retorque, par exemple, que la connaissance résultant de la publicité foncière risque de ne pas être effective car le tiers peut, en fait, ignorer l'existence de l'acte. Cependant, le seul fait que le tiers ait été en mesure de s'informer et qu'il ne l'ait pas fait nous semble suffisant pour refuser le caractère présumé de la connaissance. Il vaudrait mieux considérer, tel qu'il est souligné par un auteur français,

²²⁴⁶ L'article 1200, alinéa 2 du Code civil dispose que les tiers « *peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait* ».

²²⁴⁷ M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IX), *LPA*, 26 avril 2016, art. préc. Rapp. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 868, p. 742-743 (Même si ces derniers ne distinguent pas expressément entre l'opposabilité de la cession en tant que contrat et l'opposabilité du transfert qui en résulte).

²²⁴⁸ V. *supra* n° 480.

²²⁴⁹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t. I, *L'acte juridique, op. cit.*, n° 434, p. 411 : « *L'opposabilité du contrat au tiers n'est, en principe, subordonné qu'à une condition : que le tiers ait eu connaissance du contrat générateur de l'obligation violée. Cette connaissance suffit pour constituer le tiers en faute et engager sa responsabilité selon les principes de la responsabilité délictuelle. Il n'est pas besoin d'établir son intention de participer à la violation de l'obligation contractuelle* » ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes, op. cit.*, n° 304, p. 332 : « *Or, une convention qui modifie la situation des tiers ne leur est en principe opposable, en l'absence de disposition légale expresse contraire, que s'ils en ont une connaissance officielle* ».

²²⁵⁰ J. DUCLOS, *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, Préf. D. Martin, LGDJ, 1984, n° 10, p. 30-31.

²²⁵¹ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat, op. cit.*, n° 748, p. 808 qui cite D. 1963, p. 367 ; note J. Robert.

²²⁵² G. VIRASSAMY, « Connaissance et opposabilité », art. préc., n° 17, p. 139 : « *La connaissance effective par les tiers de la situation exacte vient ainsi utilement combler les failles résultant du défaut d'accomplissement de la publicité* ». Comp. S. GINOSSAR, *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers, émergence du délit civil de fraude*, LGDJ, n° 11, p. 24 : « *Pour que le tiers soit considéré complice responsable de la violation de l'obligation, il faut donc et, en général, il suffit, qu'il ait agi en connaissance de cause. S'il n'est pas indispensable qu'il en ait été informé dans tous les détails, encore devait-il l'être avec assez de certitude ; et un simple soupçon serait inopérant* ». Voir également : R. LIBCHABER, « *Inventaire des tiers subissant l'opposabilité de la cession de créance* », art. préc., n° 2 : « *Dans la tradition française, attentive à la protection des tiers contre l'inconnu, l'opposabilité est tenue pour un effet de la connaissance de l'acte, obtenue par l'exercice de formalités adaptées* ».

que le législateur, dans une telle hypothèse, suppose la connaissance du tiers dans la mesure où la formalité destinée à de telles fins a été accomplie²²⁵³. Autrement dit, l'opposabilité de l'acte, malgré l'ignorance du tiers, est justifiée par le fait qu'une telle ignorance est le résultat de la méconnaissance de la charge de renseignement pesant sur lui. En outre, comme un auteur l'a bien souligné, « *la prise en compte de la connaissance effective semble plus inspirée par un souci de sanctionner les attitudes déloyales des tiers que de la volonté de protéger le titulaire du droit négligent* »²²⁵⁴.

819. Cette précision quant à la nécessité de la connaissance du tiers pour l'opposabilité générale du contrat permet de mieux comprendre la décision de la Cour de cassation française relative à l'exclusion de la responsabilité de la chambre des notaires dans l'arrêt du 4 juin 2014 précité²²⁵⁵. Nous avons montré que la chambre des notaires n'était pas, en effet, un « tiers » au transfert de la créance. Elle n'avait pas de droit sur la créance que la cession risquait d'éteindre ou de modifier²²⁵⁶. Mais la chambre des notaires, dépositaire des fonds, était tout de même un tiers au contrat de cession. Ainsi, afin d'engager sa responsabilité pour le paiement, fait entre les mains du fisc, il aurait fallu établir qu'elle avait eu connaissance du contrat de cession. Alors, il aurait été possible de considérer qu'elle avait agi de mauvaise foi si, malgré sa connaissance de la cession, elle avait réalisé le paiement entre les mains du fisc. Par conséquent, sa responsabilité aurait pu être engagée pour l'atteinte portée, en connaissance de cause, au droit légitime du cessionnaire à recevoir le paiement de la créance. Plus précisément, le fondement de l'exclusion de la responsabilité du dépositaire des fonds résidait dans l'application de l'ancien article 1240 du Code civil²²⁵⁷ relatif au caractère libératoire du paiement de bonne foi réalisé entre les mains du possesseur de la créance²²⁵⁸.

820. Aurait-on pu éventuellement reprocher au cessionnaire, en l'espèce, de ne pas avoir signifié la cession à la chambre des notaires dépositaire des fonds ? Rappelons que la Cour de cassation française était unanime, sous l'empire de la législation ancienne, pour considérer que la signification devait atteindre celui qui doit réaliser le paiement, même s'il ne s'agissait pas du débiteur de la créance cédée²²⁵⁹. En tenant compte des particularités de ce cas, un tel reproche n'aurait pas pu être fait au

²²⁵³ G. VIRASSAMY, « Connaissance et opposabilité », art. préc., n° 15, p. 138 ; R. LIBCHABER, *ibidem*.

²²⁵⁴ G. VIRASSAMY, « La connaissance et l'opposabilité », *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco-belges*, dir. M. Fontaine et J. Ghestin (dir.), LDGJ, 1992, n° 17, p. 139.

²²⁵⁵ Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 2014, n° 13-17077, préc.

²²⁵⁶ V. *supra* n° 758.

²²⁵⁷ Cette disposition a été reprise au nouvel article 1342-3 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016.

²²⁵⁸ Voir en ce sens : J. FRANÇOIS, « Opposabilité de la cession de créance et intervention d'un tiers dépositaire dans le processus de paiement », *JCP G*, 2014, n° 37, 922, spéc. p. 1584 : « *En l'espèce, c'est donc l'article 1240, texte non visé par la Cour de cassation, qui fonde la juste décision qu'elle adopte : la chambre de notaires devait être exemptée parce qu'il n'était pas allégué qu'elle fût de mauvaise foi* ».

²²⁵⁹ V. *supra* n° 475. Voir notamment : Cass. req., 5 janv. 1875, *DP* 1876, 1, p. 15 ; Cass. com., 15 juill. 1952, *D.* 1952, jurispr. p. 704.

cessionnaire. Comme un auteur l'a remarqué, le cessionnaire, dans cette affaire, pouvait légitimement ignorer l'existence du dépositaire : le débiteur de la créance cédée s'était dessaisi des fonds après avoir reçu la signification et sans que le contrat générateur de la créance ait prévu ce mode de paiement²²⁶⁰. Une autre solution s'imposerait si, par exemple, la cession de créance avait eu lieu après consignation des fonds chez le dépositaire. Dans une telle hypothèse, c'est bien le dépositaire qui aurait dû être informé²²⁶¹.

821. **CONCLUSION DE LA SECTION II.** Contrairement à ce qu'on affirme souvent, l'opposabilité n'est pas une notion absolue. Son étude dans le domaine de la cession de créance en témoigne. On a pu constater que si l'un des effets le plus importants du contrat de cession est le transfert de la créance du patrimoine du cédant dans celui du cessionnaire, il ne s'agit pas du seul effet de la cession. Ainsi, on ne peut confondre l'opposabilité de l'effet translatif et l'opposabilité générale du contrat de cession. Cette distinction explique à son tour la nécessité de distinguer entre les tiers au transfert opéré par la cession et les tiers au contrat de cession. Alors que les premiers sont ceux qui, sans avoir participé à la conclusion du contrat de cession, ont tout de même sur la créance cédée un droit que la cession tend à restreindre ou éteindre, les seconds sont ceux qui peuvent être concernés par le contrat de cession sans qu'ils aient pour autant un droit à faire valoir sur la créance cédée.

Cette distinction est indispensable car elle permet de comprendre que si l'accomplissement de certaines formalités s'avère nécessaire pour l'opposabilité du transfert aux tiers, il n'en va pas de même quant à l'opposabilité générale du contrat de cession. Pour ce qui est de l'opposabilité du transfert de la créance, étant donné qu'elle doit coïncider avec le transfert *inter partes* -la nature même de la propriété exige cette concomitance-, elle doit être conditionnée à la rédaction d'un écrit daté et signé par les parties. Cette formalité se justifie par la nature incorporelle de la créance. Admettre que le simple accord de volontés entre le cédant et le cessionnaire suffit à opérer le transfert de la créance et à le rendre opposable aux tiers porte atteinte de manière importante à la sécurité juridique. En outre, à défaut de pouvoir organiser une véritable publicité de la cession de créance, l'exigence d'un écrit s'avère la formalité la mieux adaptée aux fins de l'opposabilité du transfert de la créance aux tiers. Quant à l'opposabilité générale du contrat de cession, on a montré que conformément au principe

²²⁶⁰ J. FRANÇOIS, « Opposabilité de la cession de créance et intervention d'un tiers dépositaire dans le processus de paiement », art. préc., p. 1583 ; R. LIBCHABER, « Inventaire des tiers subissant l'opposabilité de la cession de créance », art. préc., n° 1 : « *A l'inverse, la chambre de notaires s'est trouvée mise en cause par la société Piano alors qu'elle avait reçu les fonds en dépôt, des mains du débiteur : faute de pouvoir soupçonner l'existence d'une cession de créance, elle n'avait pas à se renseigner sur leur appartenance. De sorte qu'elle ne pouvait faire autre chose que déférer à la demande de l'administration fiscale* ».

²²⁶¹ R. LIBCHABER, « Inventaire des tiers subissant l'opposabilité de la cession de créance », art. préc., note 1.

général, elle ne doit être conditionnée qu'à la connaissance de la cession par le tiers. Ce n'est donc que dans le cas où le tiers a une connaissance effective du contrat de cession que celui-ci lui sera opposable.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

822. La notion d'opposabilité s'avère pertinente pour expliquer le rapport entre les tiers et la cession de créance. Des doutes à ce sujet ont été exprimés en droit colombien en raison de la conception dominante selon laquelle la cession ne serait qu'un acte réel ou de disposition ayant une efficacité *erga omnes*. Nous avons toutefois montré qu'ils n'étaient pas fondés. La cession de créance étant un contrat *stricto sensu*, le recours à la notion d'opposabilité pour expliquer l'incidence ou les conséquences de la cession à l'égard des tiers s'avère pertinent.

823. Cependant, on a constaté la nécessité de distinguer entre l'opposabilité spéciale du transfert issu de la cession et celle générale du contrat de cession. La première a pour finalité de résoudre les conflits pouvant naître entre ceux qui invoquent sur la créance un droit que la cession tend à méconnaître ou à restreindre. En revanche, la seconde a pour but de déterminer les conséquences générales de la cession à l'égard de ceux pour qui, sans avoir sur la créance un droit spécifique à faire valoir, la conclusion du contrat de cession ne leur est pas complètement indifférente. La situation de la chambre des notaires en sa qualité de dépositaire des fonds dans l'affaire étudiée par la Cour de cassation française en témoigne. Cela explique à son tour la relativité de la notion de tiers dans le cadre de la cession de créance. La catégorie des tiers au transfert de la créance ne coïncide pas nécessairement avec la catégorie des tiers au contrat de cession.

824. Parce que l'opposabilité spécifique du transfert de la créance doit être distinguée de l'opposabilité générale du contrat de cession, les formalités requises pour la mise en œuvre de l'une et de l'autre ne doivent pas être confondues. S'agissant de l'opposabilité du transfert de la créance, l'écrit daté et signé par les parties s'avère être une formalité adéquate. A défaut de pouvoir organiser une véritable publicité du transfert, et, étant donné la nature incorporelle du bien objet du transfert -la créance-, l'exigence de l'écrit constitue une formalité pertinente et peu contraignante. Quant à l'opposabilité générale du contrat de cession, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de déterminer l'incidence du contrat de cession sur ceux qui, sans avoir un droit spécifique à faire valoir sur la créance cédée, sont toutefois concernés par la réalisation de la cession, la preuve de la connaissance effective du tiers devrait suffire. En effet, il n'est souhaitable d'exiger le respect du contrat par les tiers que dans la mesure de leur connaissance effective de la nouvelle situation créée ce contrat.

CONCLUSION DU TITRE II

825. La cession de créance a deux particularités qui permettent de la caractériser. La première tient à ce qu'elle permet le transfert, soit directement, soit indirectement comme en droit colombien, d'un bien incorporel : la créance. La seconde réside dans le fait qu'elle permet la réalisation de différentes opérations juridiques, ce qui permet de lui reconnaître une nature polyvalente. Ces deux particularités expliquent la spécificité du rapport entre le cédant et le cessionnaire, ainsi que celle du rapport entre les tiers et la cession.

Concernant le rapport *inter partes*, même s'il existe des règles qui s'expliquent tout simplement en raison de la vocation translatrice de la cession, telles que le transfert des accessoires de la créance et l'obligation de délivrance à la charge du cédant, il en existe d'autres qu'on ne peut comprendre qu'en ayant à l'esprit la particularité de l'objet de la cession : la créance. Par exemple, la garantie de l'existence de la créance à la charge du cédant, mais non celle de la solvabilité du débiteur, s'explique par le fait que la cession d'une créance entraîne toujours une grande part d'incertitude. Le cessionnaire doit donc supporter l'aléa de l'insolvabilité du débiteur, sauf clause contraire. De même, certaines particularités s'expliquent par le caractère polyvalent de la cession. Ainsi, dans l'hypothèse d'une cession de créance aux fins de garantie, le cessionnaire peut être tenu des obligations de restitution et de conservation. La raison est que dans cette hypothèse, le transfert de la créance n'est que temporaire. Ce ne sera qu'en cas d'inexécution de l'obligation par le cédant que le cessionnaire pourra acquérir définitivement la créance. Dans le cas contraire, il doit la rétrocéder au cédant, ce qui justifie qu'on lui impose les obligations mentionnées.

Quant au rapport entre les tiers et la cession, on a constaté la nécessité de distinguer entre l'opposabilité du transfert issu de la cession et l'opposabilité générale de la cession en tant que contrat. Cette distinction est fondamentale car elle témoigne de la relativité de la notion d'opposabilité et, par conséquent, de celle de la catégorie de tiers. Ainsi, l'opposabilité du transfert issu de la cession ne concerne que ceux qui, sans avoir conclu la cession, ont sur la créance un droit que la cession risque de méconnaître. En revanche, l'opposabilité générale du contrat de cession concerne les personnes qui, sans avoir sur la créance un droit que la cession risque de méconnaître, sont cependant concernées d'une manière ou d'une autre par le contrat de cession. Cette distinction explique que la mise en œuvre de l'opposabilité obéisse à un régime dualiste. Si l'opposabilité du transfert de la créance doit être conditionnée à l'accomplissement d'une formalité -à défaut de pouvoir organiser une véritable publicité du transfert des créances, l'exigence d'un écrit daté et signé par les parties s'avère être la

formalité la plus pertinente-, l'opposabilité générale du contrat de cession ne devrait être subordonnée qu'à la connaissance du contrat de cession par les tiers.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

826. La mise en exergue de la double nature juridique de la cession de créance s'avère fondamentale, car elle permet non seulement de mieux comprendre la situation du débiteur de la créance cédée, mais également de mieux préciser le rapport des parties à la cession ainsi que le rapport entre les tiers et la cession.

S'agissant du débiteur de la créance cédée, l'analyse de la cession de créance en une modification subjective et unilatérale d'un lien juridique nous a permis de révéler sa véritable qualité ainsi que d'insister sur la particularité de son traitement. En effet, contrairement aux analyses classiques, le débiteur ne doit être qualifié ni de partie, ni de tiers, ni d'objet de la cession. En tant que sujet passif d'un lien juridique -l'obligation-, le débiteur ne fait que subir la modification de l'obligation par le fait de son créancier initial. Ainsi, le débiteur de la créance cédée est, à vrai dire, le sujet passif de la modification subjective de l'obligation et puisqu'on lui impose un changement de créancier, il mérite une protection spéciale. Cela peut s'expliquer par le fait que, contrairement à ce que soutient l'analyse classique, la cession de créance n'est jamais un acte complètement neutre pour le débiteur. Celui-ci s'expose en effet à de nombreux risques du fait de la cession, tels que la perte d'exceptions, la réalisation d'un paiement non libératoire ou encore la création de certaines obligations et charges à son encontre. C'est la raison pour laquelle nos systèmes juridiques prévoient différentes mesures visant à rendre la cession neutre pour le débiteur, reconnaissant ainsi implicitement que, par nature, elle ne l'est pas.

Pour ce qui est du rapport *inter partes*, l'analyse de la cession en un transfert conventionnel et polyvalent d'un bien incorporel nous permet de mieux le saisir. En effet, si la cession est un acte translatif, la particularité de son objet, la créance -un bien incorporel-, explique certaines spécificités. Il en est ainsi de la garantie spéciale de l'existence de la créance, mais non de la solvabilité du débiteur. La difficulté pour le cessionnaire de vérifier l'existence effective de la créance explique que le législateur ait considéré pertinent de mettre à la charge du cédant cette garantie spéciale. De plus, la cession de créance permettant la réalisation d'opérations juridiques variées, les obligations pouvant peser sur les parties changeront en fonction de la nature de l'opération. Ainsi, la conclusion du contrat de cession sera conditionnée non seulement à l'accomplissement des formalités qui lui sont propres, mais également celles relatives à l'opération spécifique que les parties ont entendu réaliser.

Quant au rapport entre les tiers et la cession, c'est également l'analyse de la cession en un transfert conventionnel et polyvalent d'un bien incorporel qui doit servir de guide pour son étude.

Ainsi, en raison de la nature incorporelle de la créance, l'opposabilité du transfert issu de la cession doit être conditionnée à l'accomplissement d'une formalité permettant d'assurer un minimum de sécurité juridique. Cependant, à défaut de pouvoir assurer une véritable publicité du transfert, parmi les différentes solutions envisagées -l'exigence d'une date certaine, la notification simple au débiteur, ou même la remise du titre constatant la créance -, c'est l'exigence d'un écrit daté et signé par les parties qui semble être la formalité la plus opportune. Néanmoins, il convient d'insister sur le fait que la formalité exigée pour l'opposabilité du transfert de la créance du fait de la cession est sans incidence sur l'opposabilité générale du contrat de cession. La relativité de la notion d'opposabilité et, par conséquent, son régime dualiste justifient cette distinction. En d'autres termes, si l'exigence d'un écrit daté et signé par les parties est utile pour résoudre les conflits qui peuvent se présenter entre ceux qui invoquent des droits sur la créance que la cession entend restreindre ou méconnaître, une telle exigence est sans incidence lorsqu'il n'est pas question de résoudre un conflit entre les titulaires d'un droit concurrent sur la créance. Dans cette dernière hypothèse, et sur le fondement du principe général de l'opposabilité du contrat aux tiers, il serait nécessaire de tenir compte de la connaissance du tiers du contrat de cession pour que celui-ci lui soit opposable.

CONCLUSION GENERALE

827. Elaborer une étude comparative du droit français et du droit colombien autour du mécanisme de la cession de créance de droit commun a représenté une tâche d'une ampleur considérable. Étant donné la consécration de ce dispositif dans chacun des deux systèmes, l'un des objectifs de ce travail était de permettre une meilleure connaissance et compréhension de l'approche de la cession de créance par le droit français et par le droit colombien. Néanmoins, le but principal de cette étude était d'identifier les différences et les similitudes entre ces systèmes juridiques, ainsi que leur raison d'être, en vue de trouver des solutions à des problématiques propres à chaque système juridique ou communes aux deux. En définitive, l'idée était de promouvoir un enrichissement réciproque du droit français et du droit colombien, de façon à pallier autant que possible les carences de chacun d'eux. Par exemple, les développements proposés par la doctrine française sur certains aspects du régime de la cession de créance, à l'occasion notamment des notes et des commentaires d'arrêts, ont été d'une grande utilité pour atténuer l'insuffisance d'un tel outil en droit colombien.

828. Ce travail de comparaison nous a permis de montrer que, conformément à la conception majoritairement admise en droit français et en droit colombien, la cession de créance réaliserait un transfert actif d'obligation par acte entre vifs. Si *a priori* la possibilité de transférer une obligation *-vinculum juris-* peut sembler étrange, la plupart des auteurs la justifient par l'idée selon laquelle l'obligation ne constitue plus aujourd'hui un lien strictement personnel, comme cela était le cas en droit romain. L'on serait ainsi passé d'une conception purement subjective de l'obligation à une conception objective : à la différence de l'obligation romaine, l'obligation moderne serait davantage un rapport entre deux patrimoines qu'un rapport entre deux sujets. Cette conception objective de l'obligation a été encouragée par la perception de la situation du créancier à la lumière de la théorie du droit subjectif. Plus précisément, l'idée que le créancier est titulaire d'un pouvoir ou d'une prérogative juridique ayant un caractère patrimonial, à l'encontre de son débiteur -droit subjectif patrimonial-, a conduit à conclure à la nature patrimoniale de l'obligation elle-même et, par conséquent, à sa conception objective.

829. Cependant, nous avons constaté le mal-fondé de cette conception classique, laquelle s'explique par l'idée selon laquelle la créance ne serait que l'obligation envisagée activement. Dès lors,

le transfert de la créance ne serait qu'un transfert actif d'obligation. Même si cette idée est profondément ancrée dans nos systèmes juridiques, elle doit être abandonnée. Critiquable d'un point de vue théorique, elle entraîne aussi une importante difficulté d'ordre pratique.

830. D'un point de vue théorique, cette conception est discutable car, malgré le rapport indéniab le entre obligation et créance, celle-ci n'est pourtant pas identique à celle-là. L'obligation, lien juridique, est essentiellement un rapport entre deux sujets de droit. La créance, bien incorporel, est un effet de l'obligation. C'est précisément en raison de ce rapport étroit entre créance et obligation que le transfert de la première ne sera pas sans conséquence sur la seconde. Cependant, cette conséquence n'est pas le transfert du lien juridique, mais sa modification. En effet, si l'obligation est avant toute chose un *vinculum juris*, on ne peut pas faire comme si le changement de créancier était indifférent dans la configuration du lien juridique.

831. Outre cette difficulté d'ordre théorique, l'analyse de la cession en un acte translatif d'obligation soulève un autre important obstacle d'ordre pratique relatif à l'étude de la situation du débiteur de la créance cédée. Laisant de côté la conception particulière d'un auteur français selon laquelle le débiteur devrait être perçu comme l'« objet » de la cession, on sait que la doctrine majoritaire, française autant que colombienne, essaie de déterminer sa qualité en fonction des catégories classiques de tiers ou de partie à l'acte de cession. Toutes ces qualifications partent du postulat selon lequel la cession serait un acte qui transfère une obligation et, par conséquent, il s'agirait d'un acte neutre pour le débiteur. Cependant, cette démarche est réfutable pour deux raisons.

La première est qu'elle tente d'occulter le fait que le débiteur, en sa qualité de partie à un lien juridique -l'obligation-, subit effectivement le changement de créancier. Il en résulte que le débiteur de la créance cédée est le sujet passif de la modification subjective de l'obligation du fait de la cession de créance.

La seconde raison est qu'elle prétend, au prétexte de la nature translative de l'acte, que le débiteur ne subit aucune modification dans sa situation juridique. Mais en réalité, le changement de créancier n'est jamais neutre pour le débiteur. Cette modification de créancier peut, en effet, aggraver la situation de celui-ci. Par exemple, le débiteur s'expose au risque de réaliser un paiement non libératoire et, par conséquent, de se voir contraint de payer une seconde fois. Le débiteur risque aussi de perdre certaines exceptions, telle l'exception de compensation ou celle issue de l'existence d'une contre-lettre avec son créancier originaire. De même, la possibilité reconnue en faveur du créancier de céder partiellement la créance n'est pas anodine pour le débiteur. Cela peut effectivement entraîner

des coûts administratifs non négligeables à sa charge, outre le fait que, en présence de plusieurs cessions partielles, le risque de décisions contradictoires dans le cas où surgirait un litige n'est pas complètement inexistant. Le changement de créancier peut encore faire peser sur le débiteur une obligation d'information en faveur du cessionnaire. De surcroît, la cession pourrait même entraîner une obligation de renseignement pesant sur le débiteur, dans l'hypothèse où il aurait reçu plusieurs notifications l'informant de la réalisation d'une cession en faveur de différents cessionnaires. Autant d'exemples qui montrent que, au-delà du risque de se retrouver face à un créancier moins indulgent, le débiteur s'expose effectivement au risque de voir sa situation aggravée du point de vue juridique. Pour cette raison, l'idée selon laquelle la cession de créance serait un acte neutre pour le débiteur de la créance cédée doit être réfutée.

Le débiteur de la créance cédée a donc une qualité particulière qui justifie un traitement spécial. Par conséquent, sa situation ne doit être régie ni par les dispositions et principes applicables au rapport entre les parties et le contrat, ni par celles relatives au rapport entre les tiers et celui-ci. Dès lors, l'analyse de la situation du débiteur à la lumière du principe d'opposabilité du contrat aux tiers doit être exclue.

832. S'il peut paraître *a priori* insolite d'admettre que le créancier puisse modifier unilatéralement le lien d'obligation, alors que le débiteur s'expose effectivement au risque d'aggravation de sa situation, la raison peut en être trouvée dans le fait que, malgré le changement de créancier, la cause de l'obligation reste la même. Ainsi, si la cession de créance, telle qu'elle est conçue par nos législateurs civils, est possible, ce n'est pas, contrairement à ce que l'on entend souvent, parce que la créance est un bien pour le créancier. En réalité, la cession de créance est possible car le changement de créancier, par principe, ne modifie pas la cause de l'engagement du débiteur. Certes, le fait que la créance soit un bien pour le créancier explique qu'il existe un intérêt à encourager sa circulation. Mais une telle utilité pratique doit être distinguée de la raison théorique pour laquelle la cession de créance, en tant qu'acte entraînant la modification unilatérale d'une obligation, est admise par le législateur. En définitive, faire apparaître la nature modificative de la cession de créance permet de comprendre sa place au sein du régime général des obligations.

833. Néanmoins, puisque la créance est un bien pour le créancier, l'analyse de la cession à l'égard du régime général des obligations, bien que nécessaire, est insuffisante à donner une vision complète du dispositif. L'étude de la cession à la lumière du droit des biens et des contrats spéciaux s'avère donc également indispensable. C'est grâce à une telle étude que l'on aperçoit la spécificité de

la cession par rapport aux autres contrats ayant pour objet le transfert d'un bien, tant en droit français qu'en droit colombien : la cession est un contrat polyvalent ayant pour finalité ultime le transfert de la créance, bien incorporel. Cela signifie que, contrairement à la plupart des contrats translatifs du droit français ou des contrats *traslativos* du droit colombien, la cession de créance permet la réalisation d'opérations juridiques les plus variées. La cession peut, en effet, être conclue à titre de donation, de vente, de paiement, et même à titre de garantie, bien que cette dernière fasse l'objet de réserves importantes, surtout en droit français.

834. Cette particularité de la cession de créance s'explique par la déformation de sa nature juridique originaire. En droit romain, ce que l'on désigne aujourd'hui comme cession de créance, appartenait au domaine des modes d'acquisition de la propriété, actes essentiellement polyvalents, en ce sens qu'ils permettaient l'acquisition de la propriété en conséquence de n'importe quel contrat à vocation translative. Dans les législations française et colombienne, la cession a été principalement conçue, en revanche, comme un titre d'acquisition, indépendamment du fait qu'elle puisse constituer aussi un mode de transfert. Par exemple, en droit français, le contrat est nécessaire et suffisant pour transférer un bien. Dès lors, même si le transfert d'une créance est l'effet principal du contrat de cession, effet direct en droit français et effet indirect en droit colombien, la cession de créance est aussi l'acte qui régleme le rapport obligatoire entre le cédant et le cessionnaire.

C'est précisément en raison de la conception de la cession en tant que titre d'acquisition de la créance et de la nature causaliste des droits français et colombien, que la cession de créance a été conçue comme un contrat pouvant abriter des causes fort diverses.

835. En raison de ces particularités, on comprend mieux la spécificité de certaines dispositions relatives à la cession de créance au regard des dispositions générales régissant les contrats ayant pour objet le transfert d'un bien. Ainsi, même si la cession opère le transfert d'une créance et de ses accessoires, à l'instar de tout contrat ayant pour finalité le transfert d'un bien, le cédant n'est garant que de l'existence de la créance. Le principe est donc qu'il ne garantit pas la solvabilité du débiteur.

En outre, en raison de la nature incorporelle de la créance, l'exigence d'une formalité pour assurer le transfert entre les parties et à l'égard des tiers s'avère indispensable, même s'il est vrai que pour la seule naissance des obligations entre les parties, l'exigence d'une telle formalité peut paraître excessive. En dépit de la difficulté de déterminer la formalité la plus adéquate et en considérant les inconvénients de l'établissement d'un système efficace de publicité, l'exigence d'un écrit daté et signé par les parties nous est apparue la formalité la plus adaptée pour deux raisons principales. La première

est qu'il ne s'agit pas d'une formalité contraignante. Se procurer un écrit dans ce domaine est d'usage. La seconde raison est qu'elle accorde un minimum de sécurité juridique, tant à l'égard des parties qu'à l'égard des tiers. En d'autres termes, l'exigence d'une formalité se justifie davantage au regard de l'effectivité de l'effet réel de la cession que pour celle des effets obligationnels de celle-ci. Par ailleurs, l'écrit permet de garantir un minimum de protection en faveur du débiteur de la créance cédée.

836. Mettre en relief de la distinction entre l'effet réel et les effets obligationnels de la cession de créance est fondamental car cela permet de mieux comprendre la nécessité de distinguer entre l'opposabilité générale du contrat de cession et l'opposabilité de l'effet translatif qui en résulte. C'est en ayant à l'esprit une telle distinction que l'on peut concevoir la portée limitée des formalités exigées par le législateur pour déterminer l'efficacité de l'effet translatif de la cession ; autrement dit, pour résoudre les conflits entre ceux qui, sans avoir concouru à la réalisation de la cession, peuvent avoir sur la créance cédée un droit que la cession risque de restreindre ou d'éteindre. Dans les autres hypothèses, il s'agira d'une question relative à l'opposabilité générale du contrat de cession, laquelle se trouve conditionnée, par principe, à la simple connaissance du tiers à qui on prétend opposer le contrat de cession.

837. L'ensemble de ces considérations montrent que la comparaison des droits français et colombien est riche d'enseignements, et permet de mieux comprendre le dispositif de la cession de créance. Mais ce travail pourrait aussi être utile à une analyse renouvelée, dans chacun de ces deux systèmes juridiques, d'autres procédés. En effet, la distinction proposée entre créance, dette et obligation pourrait permettre de porter un regard nouveau sur la cession de dette, ou encore sur la transmission des créances et des dettes pour cause de mort ; dispositifs qui, à l'instar de la cession de créance, entretiennent des relations étroites avec les droits des obligations, des biens ou des contrats spéciaux, et qui sont toujours au cœur d'importants débats.

INDEX ALPHABETIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

A

Acceptation d'une cession de créance en droit commun

- anticipée, 583
- création d'une obligation d'information (non), 569 et s.
- définition, 477
- et exception de compensation, 574
- expresse, 477
- par acte authentique (abrogation par l'ordonnance du 10 fév. 2016), 478
- par acte sous seing privé, 477
- perte d'exceptions (non), 575
- simple, 477

Acceptation d'une cession de créance professionnelle

- anticipée (non), 583
- avec réserves, 583.
- création d'une obligation d'information (non), 569 et s.
- formalités, 583
- inopposabilité des exceptions, 580 et s.

Accessoires de la créance

- cautionnement, 692
- garantie autonome, 692
- hypothèque, 692
- notion, 685 et s.
- transfert automatique, 692

Acte abstrait de disposition

- et acte de tradition, 134
- et cession de créance, 143, 156 et s.

Actions en justice,

- et accessoires de la créance, 682 et s.

Actions en résolution et nullité,

- et accessoires de la créance, 687 et s., 693

Affacturation,

- et cession de créance, 258.

-et subrogation conventionnelle *ex parte creditoris*, 238

B

Banquier

- réceptionnaire de fonds, 760, 777.

Bonne foi,

- acquisition d'une créance, 814.

C

Causa

- caractère polyvalent de la cession, 263 et s.
- maintien de la cause (et fondement de la cession de créance), 107 et s.
- variable, 268

Caution

- et notification de la cession, 475, 753.
- tiers à la cession (non), 475

Cession à titre de garantie

- en droit colombien, 283
- en droit français (refus), 283
- obligation de conservation, 736 et s.
- obligation de restitution, 733 et s.

Cession de contrat

- et cession de créance, 602

Cession de créance,

- créance éventuelle, 615 et s.
- créance future, 610 et s.
- globale, 636
- créance incertaine, 609 et s.
- créance litigieuse, 414
- créance monétaire, 602
- créance non monétaire, 603 et s.

Cession de créance litigieuse

- incapacité pour acquérir une créance litigieuse, 428
- retrait litigieux, 546, 550 et s.
- succession processuelle, 546 et s.

Cession de dette

-et cession de créance, 7, 8

Cession partielle,

-et subrogation partielle *ex parte creditoris*, 632
-protection du débiteur de la créance cédée, 412, 544 et s.
-sort de sûretés, 635
-validité, 542, 633

Clause compromissoire

- accessoire, 495 et s., 682.

Clause d'incessibilité (nature) ,435

- et clause d'inaliénabilité, 369, 438
- et libre disponibilité des biens, 444
- obligation de ne pas faire, 443

Clause d'incessibilité (régime)

-bonne foi du cessionnaire, 449
-dans les relations commerciales, 369
-levée de l'interdiction, 482
-principe de validité, 446
-sanction en cas de violation, 450 et s.

Compensation

-dettes connexes, 342 et s., 526,
-dettes non connexes, 520 et s., 526
-et acceptation de la cession, 572
-et prise d'acte de la cession, 572

Conflit

-entre cessionnaires concurrents en droit commun, 786
-entre un cessionnaire de droit commun et un cessionnaire Dailly, 786
-entre un cessionnaire et un créancier saisissant, 786, 796
-entre un cessionnaire et le bénéficiaire d'une garantie sur la créance, 797

Créance

-et bien incorporel, 70
-et droit subjectif patrimonial, 6, 73
-et obligation, 70

D

Débiteur de la créance cédée

-charge de renseignement, 420, 563 et s.

- connaissance de la cession (indifférence), 480
-objet de la cession, 316 et s.
-partie à la cession, 311 et s.
-protection spéciale, 390 et s.
-qualité spéciale, 353 et s.
-quasi-conservateur d'hypothèques, 794
-tiers à la cession, 302 et s.

Délégation de créance

-et cession de créance, 94

Délivrance de la créance,

- obligation du cédant, 13, 196, 729 et s.
- remise du titre, 730

Dépositaire des fonds

- et tiers à la cession, 757, 775
-paiement de bonne foi, 819

Donation

- et cession de créance, 190, 263, 644
-acte authentique, 648

Droit allemand

- et cession de créance, 164 et s., 289

E

Efficacité de la cession à l'égard du débiteur

-connaissance de la cession par le débiteur (indifférence), 480, 768
-établissement du lien juridique entre le débiteur et le cessionnaire, 463 et s.
- et opposabilité de la cession au débiteur, 449, 753.

Exceptions

- inhérentes et non inhérentes à la dette (V. opposabilité des exceptions)
-personnelles et réelles, 514
-substantielles et non substantielles, 519
-liées à la seule qualité de créancier, 523
-non liées à la seule qualité de créancier, 523

F

Frais engendrés par la cession

- risque pour le débiteur, 407 et s.
- charge, 538.

G

Garantie du cédant

- et cession à titre de garantie, 720, 721
- existence de la créance, 708 et s.
- solvabilité du débiteur, 709, 716

I

Incessibilité conventionnelle (V. clause d'incessibilité)

Incessibilité légale

- sous-traitance (droit français), 426
- créance hypothécaire (droit colombien), 433

Indication de paiement

- et cession de créance, 93

In *jure cessione*

- et cession de créance, 272

L

Legs d'une créance

- et cession de créance, 190, 221

M

Modes d'acquisition de la propriété,

- et cession de créance, 272 et s.

N

Notification

- formalités (non), 472
- pluralité de notifications, 420, 563.
- portée, 484 et s.
- mentions obligatoires (non), 473
- auteur, 474
- destinataire, 475

Novation

- et cession de créance, 98 et s.
- par anticipation, 103.

O

Obligation de donner

- et cession de créance, 134 et s.

Opération juridique à trois personnes

- et cession de créance, 34
- effet relatif du contrat, 312

Opposabilité des exceptions

- exceptions inhérentes à la créance, 515 et s.
- exceptions non inhérentes à la créance, 515 et s.
- renonciation, 586 et s.
- signification du principe, 500 et s.

Opposabilité du contrat de cession,

- connaissance du tiers, 817 et s.
- et opposabilité du transfert, 737 et s., 759, 767.

Opposabilité du transfert,

- opposabilité conditionnée à la notification ou l'acceptation du débiteur (droit colombien), 767, 783 et s.
- opposabilité conditionnée à la signification ou l'acceptation dans un acte authentique (avant la réforme), 783.
- opposabilité immédiate (droit français après la réforme), 783 et s.
- preuve de la date de la cession, 675

P

Prise d'acte

- notion, 480
- avec réserves, 574
- et connaissance de la cession par le débiteur, 480 et s.

Procuratio in rem suam

- et cession de créance, 37 et s.

Propriété

- des créances, 174 et s.

R

Recours contre un tiers accipiens

- fondement, 813
- cession Dailly, 813
- cession de droit commun (droit français après la réforme), 814
- cession à titre de garantie (droit colombien), 815

Registre de publicité

- et opposabilité de la cession à titre de garantie (droit colombien), 801

-et opposabilité de la cession (réticence en droit français), 803
- dans la Convention des Nations Unies sur la cession de créances, 801

Remise du titre

-et acte de délivrance de la créance, 202, 642.
-et acte de tradition de la créance, 202, 783

Retrait litigieux (v. cession de créance litigieuse)

- et cession globale, 556

Revendication,

-créances, 813

S

Saisie-attribution

-et cession de créance, 236 et s.
-obligation d'information, 237, 349 et s.

Signification

-abrogation par l'ordonnance du 10 février 2016, 471
- portée à l'égard du débiteur
- portée à l'égard des tiers

Simulation

- et cession de créance, 397, 567 et s.

Subrogation conventionnelle *ex parte creditoris*,

- et cession de créance, 248 et s.

Subrogation personnelle

- et cession de créance, 238 et s.

Succession processuelle,

-et cession de créance litigieuse, 546
-consentement du débiteur, 547 et s.
-intervention accessoire, 549 et s.
-intervention volontaire, 549 et s.

T

Tiers

- au contrat de cession, 758
-au transfert de la créance, 758
-notion relative (droit commun), 770 et s.
-notion relative (cession Dailly), 760.
- critère de l' « intérêt à ce que le cedant reste créancier », 757, 772 et s.

Titre d'acquisition de la propriété

- et cession de créance, 276 et s.

Transfert de la créance,

-tradition civile ou intellectuelle, 661.
-*inter partes*, 783 et s.
-à l'égard des tiers, 783 et s.,

Transmission universelle des créances

- et cession de créance, 58 et s., 77 et s.

U

UNIDROIT

-cession partielle, 412.
-cession d'une créance future, 621, 670,
-cession de créance non monétaire, 606

V

Vente

-et cession de créance, 138 et s.
-et cession de créance (Québec), 152

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX ET MANUELS

A. FRANCE

- ANDREU (L.) et THOMASSIN (N.), *Cours de droit des obligations*, 1^{re} éd., Gualino éditeur, Lextenso, 2016.
- ANTONMATTEI (P.-H) et J. RAYNARD (J.), *Droit civil, contrats spéciaux*, 7^e éd., LexisNexis, 2013.
- ATIAS (Ch.), *Droit civil, Les biens*, 12^e éd., LexisNexis, 2014.
- AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 15^e éd., Sirey, 2014.
- AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.)
- *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IV, 6^e éd., par E. Bartin, Marchal et Billard, Paris.
 - *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. V, 5^e éd., par G. Rau et Ch. Falcimaigne, Marchal et Billard, Paris, 1907.
 - *Droit civil français*, t. IV, 6^e éd., par P. Esmein, Editions techniques, Paris, 1952.
- BACACHE-GIBEILI (M.), *Traité de droit civil*, t. V, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, dir. Christian Larroumet, 3^e éd., Economica, 2016.
- BEUDANT (Ch.)
- *Cours de droit civil français*, t. VIII, *Les contrats et les obligations*, 2^e éd., par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, Rousseau, Paris, 1936.
 - *Cours de droit civil français*, t. XI, *La vente, Le louage des choses*, 2^e éd., par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, Rousseau, Paris, 1938.
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et SAIGNAT (L.), *Traité théorique et pratique du droit civil*, t. IV, *De la vente et de l'échange*, 3^e éd., Sirey, 1908.
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et BARDE (L.)
- *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XII, *Des obligations*, t. I, 3^e éd., Larose & Tenin, 1906.
 - *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XIV, *Des obligations*, t. III, 3^e éd., Larose & Tenin, 1908.
- BENABENT (A.)
- *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11^e éd., LGDJ, 2015.
 - *Droit des obligations*, 15^e éd., LGDJ, coll. « Domat droit privé », 2016.
- BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M.) et CIMAMONTI (S.), *Les biens*, 2^e éd., LGDJ, 2010.
- BEUDANT (C.-A.) et LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), *Cours de droit civil français*, t. IV, *Les biens*, par P. Voirin, 2^e éd., Arthur Rousseau, 1938.
- BONHOMME (R.), *Instrument de crédit et de paiement*, 10^e éd. LGDJ, 2013.
- BONNEAU (Th.), *Droit bancaire*, 11^e éd., LGDJ, 2015.
- BOURJON (F.)
- *Le droit commun de la France et de la coutume de Paris réduits en principes*, t. I, Paris, chez Grangé et Cellot, 1770.
 - *Le droit commun de la France et de la coutume de Paris réduits en principes*, t.II, Paris, chez Grangé et Cellot, 1770.
- BRISSAUD (J.), *Manuel d'Histoire du droit privé*, Paris, 1907.
- BUFFELAN-LANORE (Y.) et LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Les obligations*, 14^e éd., Sirey, 2014.
- BUFNOIR (C.), *Propriété et contrat*, LGDJ, coll. Faculté de droit et des sciences sociales, université de Poitiers, 2005, rééd. de l'édition Rousseau de 1924.

- BUFNOIR (C.), CHALLAMEL (J.), DRIOUX (J.), GENY (F.), HAMEL (P.), LEVY-ULLMANN (H.) et SALEILLES (R.), *Code civil allemand traduit et annoté*, t. I, Paris, 1904.
- CABRILLAC (M.), MOULY (Ch.), CABRILLAC (S.) et PETEL (Ph.), *Droit des sûretés*, 10^e éd., Litec, 2015.
- CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, 7^e éd., LexisNexis, 2011.
- CARBONNIER (J.)
- *Droit civil*, t. II, *Les biens, Les obligations*, PUF, coll. « Quadrige », rééd. 2004.
- CARON (C.) et LECUYER (H.), *Le droit des biens*, Dalloz, coll. connaissance du droit, 2002.
- COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 8^e éd., Dalloz, 1935.
- COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, 10^e éd., Dalloz, 2015.
- CORNU (G.), *Droit civil, Introduction au droit*, 13^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2007
- COUCHEZ (G.) et LAGARDE (X.), *Procédure civile*, 17^e éd., Sirey, 2014.
- CUQ (E.), *Manuel des institutions juridiques des romains*, Plon, LGDJ, Paris, 1917.
- DAVID (R.), JAUFFRET-SPINOSI (C.) et GORE (M.), *Les grands systèmes de droit contemporain*, 12^e éd., Dalloz, 2016.
- M. De JUGLART (M.) et B. IPPOLITO (B.), *Traité de droit commercial*, t. VII, *Banques et bourse*, 3^e éd., par L. Martin, 1991.
- DEMOGUE (R.)
- *Traité des obligations en général*, t. I, Rousseau, Paris, 1921.
- *Traité des obligations en général*, t. VII, Rousseau, Paris, 1933.
- DEMOLOMBE (C.)
- *Cours de Code de Napoléon*, t. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, 2^e éd., Durand, Hachette, Paris, 1872.
- *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens, De la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, t. I, Paris
- DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007.
- DOMAT (J.)
- *Les lois civiles dans leur ordre naturel, Œuvres de Domat* par J. Remy, t. I, Paris, 1828.
- *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. I, 2^e éd., Paris, Aboin, Emery & Clouzier, 1647.
- *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. II, Jean Baptiste Coignard, 1961.
- DROSS (W.), *Droit des biens*, 2^e éd., LGDJ, « coll. Domat droit privé », 2014.
- DURANTON (A.)
- *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. XII, Alex-Gobelet, Paris, 1831.
- *Cours de droit français suivant le code civil*, t. XVI, Alex-Gobelet, Paris, 1833.
- FABRE-MAGNAN (M.)
- *Droit des obligations*, t. I, *Contrat et engagement unilatéral*, 3^e éd., PUF, 2007.
- *Droit des obligations*, t. I, *Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., PUF, 2016.
- FAGES (B.), *Droit des obligations*, 6^e éd., LGDJ, 2016.
- FENET (P.-A.)
- *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, Paris, 1827.
- FERRIERE (C.), *Corps et compilations de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris*, t. II, Paris, Chez Michel Guignard, 1714.
- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.)
- *Droit civil, Les obligations*, t. I, *L'acte juridique*, 15^e éd., Sirey, 2012.
- *Droit civil, Les obligations*, t. II, *Le fait juridique*, 14^e éd., Sirey, 2001.
- *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Le rapport d'obligation*, 9^e éd., Sirey, 2015.
- FRANÇOIS (J.)
- *Traité de Droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 3^e éd., Economica, 2013.
- *Traité de Droit civil, Les obligations*, t. IV, *Régime général*, 4^e éd., Economica, 2017.
- GAVALDA (Ch.) et STOUFFLET (J.), *Droit bancaire*, 9^e éd., LexisNexis, 2015.
- GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz » 2004 (réédition de l'éd. de 1937).
- GAUDEMET (J.) et CHEVREAU (E.), *Droit privé romain*, 3^e éd., Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2009.

- GAZZANIGA (J.-L.), *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, 1992.
- GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.) avec le concours de M. Fabre-Magnan, *Traité du droit civil, Introduction générale*, dir. J. Ghestin, 4^e éd., LGDJ, 1994.
- GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, dir. Jacques Ghestin, 3^e éd., LGDJ, 2001.
- GHESTIN (J.), BILLIAU (M.) et LOISEAU (G.), *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005.
- GIFFARD (A.-E.) et VILLIERS (R.), *Droit romain et ancien droit français, Obligations*, 4^e éd., Dalloz, 1976.
- GIRARD (P.-F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd. par Félix Senn, Rousseau, 1929, réédition Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2003.
- GRIMALDI (M.), *Droit civil, Successions*, 6^e éd., Litec, 2001.
- GRIMALDI (M.) (dir), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 2015/2016.
- GOUBEAUX (G.), *La règle de l'accessoire en droit privé*, Pr. D. Tallon, LGDJ, 1969.
- GUINCHARD (S.), *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et européen*, 9^e éd., Dalloz, 2017-2018.
- GUILLOUARD (L.)
- *Traité de la vente et de l'échange*, t. I, 3^e éd., Pedone, Paris, 1902.
 - *Traité de la vente et de l'échange*, t. II, 3^e éd., Pedone, Paris, 1904.
- HOUTCIEFF (D.), *Droit des contrats*, 2^e éd., Larcier, 2016.
- HUC (Th.)
- *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. X, Pichon, Paris 1897.
 - *Commentaire théorique et pratique du code civil*, t. VII, Pichon, Paris, 1894.
 - *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. I, Pichon, Paris, 1891.
 - *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. II, Pichon, Paris, 1891.
- HUET (J.), *Traité de droit civil*, t. 6, *Les principaux contrats spéciaux*, dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996.
- HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.) et LECUYER (H.), *Les principaux contrats spéciaux*, avec la collaboration de J. Morel-Maroger, 3^e éd., LGDJ, 2012.
- HULOT (M.) *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien*, t. II, Rondonneau, 1804.
- JEULAND (E.)
- *Droit des obligations*, 3^e éd., Montchrestien, 2009.
 - *Droit processuel général*, 2^e éd., Montchrestien, 2012.
- JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français, Théorie générale du droit et des droits, les personnes, la famille, la propriété et les autres droits réels principaux*, t. 1, 3^e éd., Sirey, 1938.
- JUBAULT (Ch.), *Droit civil, Les successions, les libéralités*, 2^e éd., Montchrestien, 2010.
- LACHIEZE (Ch.), *Droit des contrats*, 4^e éd., Ellipses, 2016.
- LAROMBIERE (L.)
- *Théorie et pratique des obligations*, t. IV, A. Durand et Pedone - Lauriel, 1885.
 - *Théorie et pratique des obligations*, t. V, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885.
- LARROUMET (Ch.)
- *Droit civil*, t. I, *Introduction à l'étude du droit privé*, 5^e éd., Economica, 2006.
 - *Droit civil*, t. II, *Les biens, Droits réels principaux*, 5^e éd., Economica, 2006.
- LARROUMET (Ch.) et AYNES (A.), *Traité de droit civil*, t. I, *Introduction à l'étude du droit*, 6^e éd., Economica, 2013.
- LARROUMET (Ch.) et BROS (S.)
- *Traité de droit civil*, t. III, *Les obligations, Le contrat*, 8^e éd., Economica, 2016.
 - *Traité de droit civil*, t. III, *Les obligations, Le contrat*, 7^e éd., Economica, 2014.
- LAURENT (F.)
- *Principes de droit civil français*, t. XVI, Bruxelles, Paris, 3^e éd., 1878.
 - *Principes de droit civil français*, t. XVIII, Bruxelles, Paris, 3^e éd., 1878.
 - *Principes de droit civil français*, t. XXIV, Bruxelles, Paris, 3^e éd., 1878.
- LEBORGNE (A.), *Droit de l'exécution, Voies d'exécution et procédures de distribution*, 2^e éd., Dalloz, 2014.
- LEGEAIS (D.)
- *Traité, Opérations de crédit*, LexisNexis, 2015.

- *Sûretés et garanties du crédit*, 6^e éd., LGDJ, 2008.
- LEPOINTE (G.) et MONIER (R.), *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Sirey, 1954.
- LEVY (J.-P.) et CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010.
- LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, t. XIV, Paris, 1828.
- MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *Droit des contrats spéciaux*, 8^e éd., LGDJ, 2016.
- MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.)
 - *Les biens*, 6^e éd., LGDJ, 2015.
 - *Cours de droit civil*, t. VIII, *Les contrats spéciaux*, Cujas, 8^e éd., 1994.
- MALAURIE (Ph.) et BRENNER (Cl.), *Droit des successions et des libéralités*, 7^e éd., LGDJ, 2016.
- MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit des obligations*, 8^e éd., LGDJ, 2016.
- MALINVAUD (Ph.), *Introduction à l'étude du droit*, 16^e éd., LexisNexis,
- MALINVAUD (Ph.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *Droit des obligations*, 13^e éd., LexisNexis, 2013.
- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.)
 - *Droit civil, Les biens*, 2^e éd., Sirey, 1980.
 - *Droit civil, Les successions et les libéralités*, Sirey, 1983.
- MARTY (G.), RAYNAUD (P.) et JESTAZ (Ph.), *Les obligations*, t. II, *Le régime*, 2^e éd., Sirey, 1989.
- MAZEAUD (H., L. et J.) et CHABAS (F.)
 - *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations, Théorie générale*, 9^e éd., par F. Chabas, Montchrestien, 1998.
 - *Leçons de droit civil*, t. IV, vol 2, *Successions et libéralités*, 5^e éd., par L. et S. Leveneur, Montchrestien, 1999.
 - *Leçons de droit civil*, t. III, vol. 2, *Principaux contrats : vente et échange*, 7^e éd. par M. De Juglart, 1987.
- MESTRE (J.), PUTMAN (E.) et BILLIAU (M.)
 - *Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles*, dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996.
 - *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, dir. J. Ghestin, LGDJ, 1996.
- MOLITOR (J.-P.), *Les obligations en droit romain*, t. II, 2^e éd., 1867.
- MONIER (R.)
 - *Manuel élémentaire de Droit romain*, t. I, Paris, Montchrestien, 1935.
 - *Manuel élémentaire de Droit Romain*, t. I, 6^e éd., Domat Montchrestien, 1947.
- MOURLON (F.), *Traité théorique et pratique des subrogations personnelles*, vol. I, Paris, 1848.
- OURLIAC (P.) et De MALAFOSSE (J.)
 - *Histoire du Droit privé*, t. I, *Les obligations*, 2^e éd., PUF, 1969.
 - *Histoire du Droit privé*, t. II, *Les biens*, 2^e éd., PUF, 1971.
 - *Droit romain et ancien droit français*, t. II, *Les biens*, PUF, 1961.
- PELLAT (C.-A.), *Institutes de Gaius, traduites et commentées*, t. I, G. Thorel librairie, 1844.
- PERROT (R.) et THERY (Ph.), *Procédures civiles d'exécution*, 3^e éd., Dalloz, 2013.
- PIEDELIEVRE (S.) et PUTMAN (E.), *Droit bancaire, Economica*, 2011.
- PICHONNAZ (P.), *Les fondements romains du droit privé*, LGDJ, Schulthess Editions romandes, 2008.
- PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil français*, t. II, 8^e éd., LGDJ, 1921.
- PLANIOL (M.) et RIPERT (G.)
 - *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Les obligations*, 2^e partie, 2^e éd., par E. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, LGDJ, 1954.
 - *Traité pratique de droit civil français*, t. III, *Les biens*, 1952, LGDJ.
 - *Traité pratique de droit civil français*, t. X, *Les contrats civils, Contrats spéciaux*, 1^{re} partie, par J. HAMEL, LGDJ, 1956.
- POTHIER (R.-J.)
 - *Traité du droit de domaine de propriété*, in *Œuvres*, par Bugnet (J.J.), t. IX, Videcoq, Paris, 1846
 - *Traité du contrat de vente*, in *Œuvres*, par Bugnet (J.J.), t III, Cosse et Marchal, Paris, 1861
 - *Traité des obligations, De la prestation des fautes*, in *Œuvres*, par Bugnet, t. II, Cosse et Marchal, Paris, 1861

- *Traité des obligations*, préf. J.-L. Halpérin, Dalloz, 2011.
- *Coutume d'Orléans*, in *Œuvres* par Bugnet, t. I, Cosse et Marchal, Paris, 1861.
- PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, 6^e éd., Dalloz, 2015.
- RAYNARD (J.) et SEUBE (J.-B.), *Droit civil, Contrats spéciaux*, 8^e éd., LexisNexis, 2015.
- RENUSSON (Ph.), *Traité de la subrogation*, 3^e éd., Paris, 1723.
- RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 1949.
- RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial*, t. II, par Ph. Delebecque et M. Germain, 17^e éd., 2004.
- RIVES-LANGE (J.-L.) et CONTAMINE-RAYNAUD (M.), *Droit bancaire*, 6^e éd., Dalloz, 1995.
- ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2013.
- ROGUIN (E.), *Science juridique pure*, t. III, Lausanne, 1923.
- SERIAUX (A.),
- *Droit des obligations*, 2^e éd., PUF, 1998.
- *Manuel de droit des obligations*, 2^e éd., PUF 2014.
- SIMLER (Ph.), *Traité, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, 5^e éd., LexisNexis, 2015.
- SOULS (H.) et PERROT (P.), *Droit judiciaire privé*, t. I, *Introduction, notions fondamentales, organisation judiciaire*, Sirey, 1961.
- STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.),
- *Droit civil, Les obligations*, t. III, *Régime général*, 6^e éd., Litec, 1999.
- *Droit civil, Les obligations*, t.II, *Contrat*, 6^e éd., Litec, 1998.
- STRICKLER (Y.), *Les biens*, 1^e éd., Puf, 2006.
- TERRE (F.) et SIMLER (Ph.), *Droit civil, Les biens*, 9^e éd., Dalloz, 2014.
- TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013.
- TERRE (F.), LEQUETTE (Y.) et GAUDEMET (S.), *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, 4^e éd., Dalloz, 2014.
- TISSOT (P.-M.), *Les douze livres du Code de l'empereur Justinien traduits par P.-M. Tissot*, t. II, 2^e éd., Behmer, 1807.
- TOULLIER (C.-B.-M)
- *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. XVII par J.-B. Duvergier, t. II, Renouard, Paris, 1835.
- *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 6^e éd., t. IV par J.-B. Duvergier, Cotillon, Renouard, Paris.
- TROPLONG (R.-Th.)
- *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. De la vente*, t. I, 3^e éd., Paris, Hingray, 1837.
- *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. De la vente*, t. II, 5^e éd., Paris, Hingray, 1856.
- VOIRIN (P.) et GOUBEUX (G.), *Droit civil*, t. I, *Introduction au droit, personnes, famille, personnes protégées, biens, obligations, sûretés*, 36^e éd., LGDJ, 2016.
- WEILL (A.) et TERRE (F.), *Droit civil, Les obligations*, 2^e éd., Dalloz, 1975.
- ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th.)
- *Cours de droit civil successions*, PUF, 2012.
- *Cours de droit civil, Obligations, Régime*, PUF, 2013.
- *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008.

B. COLOMBIE

- ARÍAS GARCIA (F.), *Bienes civiles y mercantiles*, 1^{re} éd., Universidad Santo Tomás, Ibañez, Bogotá, 2008.
- BONIVENTO FERNÁNDEZ (J.-A.), *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 17^e éd., Librería Ediciones del Profesional Ltda, 2008.
- CARDONA HERNÁNDEZ (G.), *Contratos civiles*, 2^e ed., Ediciones abogados Librería Pereira, 1995.
- CUBIDES CAMACHO (J.), *Obligaciones*, 5^e éd., Pontificia Universidad Javeriana, 2005.
- DE LA VEGA VÉLEZ (A.), *Bases del derecho de obligaciones*, conferencias, 1^e éd., Temis, 1976.

- ESPITIA GARZON (F.), *Historia del Derecho Romano*, 2^e ed., Universidad Externado de Colombia, 2006.
- GOMEZ ESTRADA (C.), *De los principales contratos civiles*, 4^e éd., Temis, 2008.
- HINESTROSA (F.)
- *Apuntes de derecho romano*, Bienes, Universidad Externado de Colombia, 2005.
 - *Tratado de las obligaciones*, t. I. *Concepto, estructura, vicisitudes*, 3^e éd., Universidad Externado de Colombia, 2002.
- MEDELLIN (C.), *Lecciones de derecho romano*, 12^e ed., Temis, Bogotá, 1995.
- MEDELLIN ÁLDANA (C.-J.), MEDELLIN FORERO (C.) et MEDELLIN BECERRA (C.-E.), *Lecciones de derecho romano*, 14^e ed., Temis, 2000.
- MORALES HERNÁNDEZ (A.), *Garantías mercantiles*, Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela, 2007.
- MORALES MORALES (H.), *Curso de derecho procesal civil, Parte general*, Editorial ABC, 1991.
- NOGUERA AARÓN (E.-C.), *De los contratos: principios y nociones*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 1998.
- OCHOA CARVAJAL (R.-H.), *Bienes*, 6^e éd., Temis, 2006.
- ORTIZ MONSALVE (A.), *Manual de obligaciones*, 5^e éd., Temis, 2010.
- OSPINA FERNÁNDEZ (G.)
- *Régimen general de las obligaciones*, 8^e éd., Temis, 2008.
 - *Teoría de los Actos o negocios jurídicos*, 4^e éd., Temis, 1995.
- PÉREZ VIVES (A.)
- *Teoría general de las obligaciones*, t. I, vol.1, 2^e éd., Temis, Bogotá, 1953.
 - *Teoría general de las obligaciones*, vol. 3, Partie II, *Clasificación, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones*, obra revisada y actualizada por Alberto Tamayo Lombana, 4^e éd., Doctrina y Ley Ltda, 2012.
- SALAMANCA (H.), *Derecho civil, Curso IV, Contratos*, Universidad Externado de Colombia, 1963.
- SUÁREZ FRANCO (R.), *Sucesiones*, 3^e éd., Temis, 1999.
- SUESCÚN MELO (J.)
- *Derecho privado*, t. I, *Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, 2^e éd., Cámara de comercio de Bogotá & Universidad de los Andes, 2005.
 - *Derecho privado*, t. II, *Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, 2^e éd., Cámara de comercio de Bogotá & Universidad de los Andes, 2005.
- TAMAYO LOMBANA (A.), *Manual de obligaciones, El acto o negocio jurídico y otras fuentes de obligaciones*, 7^e éd., Ediciones doctrina y ley Ltda, Bogotá, 2008.
- URIBE HOLGUIN (R.), *De las obligaciones y de los contratos en general*, 2^e ed., Temis, 1982.
- VALENCIA ZEA (A.) et ORTIZ MONSALVE (A.)
- *Derecho civil*, t. I, *Parte general y personas*, 15^e éd., Temis, 2000.
 - *Derecho civil*, t. II, *Derechos reales*, 11^e ed., Temis, 2007.
 - *Derecho civil*, t. III. *De las obligaciones*, 9^e éd., Temis, 1998.
- VELÁSQUEZ GÓMEZ (H.-D.), *Estudio sobre obligaciones*, 1^{re} éd., Temis, 2010.
- VELÁSQUEZ JARAMILLO (L.-G.), *Bienes*, 12^e éd., Temis, 2010.
- VÉLEZ (F.)
- *Estudio sobre derecho civil colombiano*, actualizado y complementado con comentarios de jurisprudencia por Jairo Lôpez Morales, t. III, Ediciones Lex Ltda, Bogotá, 1982.
 - *Estudio sobre derecho civil colombiano*, t.V, 2^e éd., Imprenta Paris-América, 1991.
 - *Derecho civil colombiano, Código civil y leyes complementarias*, t. VIII, Editorial jurídica de Chile, 1997.
 - *Estudio sobre derecho civil colombiano*, corregida y aumentada por el autor y por Luis Angel Arango, t. VII, 2^e éd., Imprenta Paris América, 1926.

C. AUTRES PAYS

- ABELIUK MANASEVICH (R.), *Les obligaciones*, t. II, 3^e éd., Editorial Temis, Editorial jurídica de Chile, 1993.
- ALESSANDRI RODRIGUEZ (A.) et SOMARRIVA UNDURRAGA (M.), *Curso de derecho civil basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile*, redactado y puesto al día por A. Vodanovic, t. II, De los bienes, 2^e éd., Nascimento, Santiago de Chile, 1957.
- ALESSANDRI RODRIGUEZ (A.)
- *Derecho civil de los contratos*, Editorial Zamorano y Caperan, Santiago de Chile, 1976.
 - *Derecho civil, Teoría general de las obligaciones*, Editorial jurídica Ediar-conosur Ltda, 1988.
- ALESSI (R.) et MANNINO (V.), *La circolazione del credito*, t. I, *Cessione « factoring » cartolarizzazione*, Cedam, 2008.
- BARASSI (L.), *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1948.
- BEJARANO SÁNCHEZ (M.), *Obligaciones civiles*, Oxford, México, 2005.
- BETTI (E.), *Teoría general de las obligaciones*, t. II, trad. y notas del derecho español por José Luis De Los Mozos, Editorial Revista de derecho privado, Madrid, 1970.
- BIANCA (M.)
- *Derecho civil*, t. III, *El contrato*, trad. F. Hinestrosa et E. Cortés, Universidad Externado de Colombia, 2007.
 - *Diritto civile*, t. IV, *L'obbligazione*, Giuffrè editore milano, 1991.
- BORJA SORIANO (M.), *Teoría general de las obligaciones*, 2^e éd., Porrúa, México, 2009.
- CLARO SOLAR (L.)
- *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, t. XII, *De las obligaciones*, III, Chile, 1939.
 - *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. VII, *De los bienes II*, Editorial jurídica de Chile, Editorial Temis, 1992.
- CUGIA (S.), *Corso di Diritto Romano* “La Nozione della Cessione del Credito e dellazione”, Milano, Giuffrè, 1939.
- De JESÚS O. A., *La cesión de créditos, contribución a una teoría jurídica de la cesión de créditos en el marco del derecho general de las obligaciones*, Caracas, 2002.
- DE PAGE (H.), *Traité élémentaire de droit civil belge, principes, doctrine, jurisprudence*, t. IV, Les principaux contrats usuels, H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge, principes, doctrine, jurisprudence*, 2^e éd., 1^{ère} partie, Bruxelles, 1943.
- DÍEZ-PICAZO (L.)
- *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. 2, *Las relaciones obligatorias*, 5^e éd., Civitas, Madrid, 1996.
 - *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, t. II, *Las relaciones obligatorias*, 4^e éd., Civitas, Madrid, 1993.
- ENGEL (P.), *Traité des obligations en droit suisse, dispositions générales du Code des obligations*, 2^e éd., Staempfli Editions SA Berne, 1997.
- FIGUEROA YÁÑEZ (G.), *El patrimonio*, 2^e éd., actualizada con la Ley n° 19.335 de 1994, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- FUEYO LANERI (F.), *Derecho civil*, t. IV, vol. 1, *De las obligaciones*, Lito y universo S.A., Santiago de Chile, 1958.
- GIORGI (J.), *Teoría general de las obligaciones en el derecho moderno expuesta conforme a la doctrine y a la jurisprudencia italiana, francesa y alemana*, t.II, vol. 6, Reus, Madrid, 1911.
- GUZMÁN BRITO (A.)
- *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, t. I, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982.
 - *Derecho privado romano*, t. I, *Síntesis histórica del Derecho romano*, Editorial jurídica de Chile, 1996.
 - *Derecho privado romano*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, 1996.
 - *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*, Editorial jurídica de Chile, 1995.
- FERRAND (F.), *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997.
- GARCÍA AMIGO (M.), *Lecciones de derecho civil*, t. II, *Teoría general de las obligaciones y contratos*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.
- HERNÁNDEZ GIL (A.), *Derecho de obligaciones*, Editorial CEURA, 1983.

- LASARTE (C.), *Derecho de obligaciones, Principios de derecho civil II*, 13^e éd., Marcial Pons, 2009.
- LONGO (G.), *Diritto delle obbligazioni*, Torino, 1950.
- LLUELLES (D.) et MOORE (B.), *Droit des obligations*, 2^e éd., Les éditions Thémis, 2012.
- MACKELDEY (F.), *Manuel de droit romain contenant les Institutes, précédé d'une Introduction à l'étude du droit romain*, trad. de l'allemand sur la 10^e éd. par Jules Beving, Bruxelles, 1837.
- MESSINEO (F.)
- *Doctrina general del contrato*, trad. de R.O. Fontanarrosa, S. Sentismelendo et M. Volterra, t. II, Ediciones jurídicas Europa-América, Bueno Aires, 1952.
 - *Manuale di diritto civile e commerciale*, t. III, Milano, 1959.
- PANNUCCIO (V.), *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955.
- PETIT (E.), *Tratado elemental de derecho romano*, trad.esp. de J. Fernandez Gonzalez, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994.
- POELMANS (O.), *Droit des obligations au Luxembourg, Principes généraux et examen de jurisprudence*, 2, Larcier, Les dossiers du Journal des tribunaux Luxembourg, 2013.
- ROCA SASTRE (R.) et PUIG BRUTAU (J.), *Estudios de derecho privado*, t.I, *Obligaciones y contratos*, Madrid Edersa, 1948.
- ROJINA VILLEGAS (R.), *Compendio de derecho civil*, III, *Teoría general de las obligaciones*, 21^e éd., Porrúa, México, 1998.
- SANTOS BRIZ (J.), *Derecho civil, Teoría y práctica, derecho de obligaciones*, t.3, *La obligación y el contrato en general, derecho de daños*, Editorial Revista de Derecho privado, 1973.
- VAN OMMESLAGHE (P.), *Droit des obligations*, t. III, *Régime général de l'obligation, théorie des preuves*, Bruylant, 2010.
- VIDAL RAMÍREZ (F.), *La cesión de derechos en el código civil peruano*, 1^e éd., Gaceta jurídica, Perú, 2007.
- WITZ (Cl.), *Droit privé allemand*, t. I, *Actes juridiques, droits subjectifs, BGB partie générale, Loi sur les conditions générales d'affaires*, Litec, 1992.
- ZIMMERMANN (R.), *The law of obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co, Lta, C.H.Beck, 1990.

II. OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIES, THESES, COURS, TRAVAUX COLLECTIFS

A. FRANCE

- ALLEAUME (Ch.), CHONE-GRIMALDI (A.-S.), EPSTEIN (A.-S.), LE BARS (Th.), MAUGER-VIELPEAU (L.), RAOUL-CORMEIL (G.), SALVAT (O.), et THIBERGE (M.), *La réforme du Droit des contrats*, Commentaire article par article, Th. Douville (dir.), Gualino, Lextenso, 2016.
- ANCEL (F.), FAUVARQUE-COSSON (B.) et GEST (J.), *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, Coll. Essai, 2017.
- ANDREU (L.), *Du changement de débiteur*, Préf. D.R. Martin, Dalloz, 2010.
- ANSALONI (G.), *La situation du débiteur dans les opérations portant sur des créances*, thèse Paris II, 2006.
- ATIAS (Ch.), *Le transfert conventionnel de la propriété immobilière*, thèse Poitiers, 1974.
- AUDIC (O.), *Les fonctions du document en droit privé*, Préf. Ph. Delebecque, LGDJ, 2004.
- AUDIT (P.-E.), *La « naissance » des créances*, Préf. D. Mazeaud, Dalloz, 2015.
- AUSSEL (J.-M.), *Essai sur la notion de tiers en droit civil français*, imprimerie de la charité, 1952.
- AYNES (L.), *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Préf. Ph. Malaurie, Economica, 1984.
- BAHUREL (Ch.), *Les volontés des morts, vouloir pour le temps où l'on ne sera plus*, Préf. M. Grimaldi, LGDJ, 2014.
- BARREAU-SALIOU (C.-T.), *Les publicités légales, Information du public et preuve des actes*, LGDJ, 1990.
- BEAUREGARD (P.-V.), *Du paiement avec subrogation, ses origines en droit romain, sa nature et ses effets en droit français*, thèse Paris, 1876.

- BICHERON (F.), *La dation en paiement*, Préf. M. Grimaldi, Editions Panthéon-Assas, 2006.
- BILLIAU (M.)
- *La délégation de créance, Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations*, Préf. J. Ghestin, LGDJ, 1989.
- *La transmission des créances et des dettes*, LGDJ, 2002.
- CALASTRENG (S.), *La relativité des conventions*, thèse Toulouse, 1939.
- CASHIN-RITAINE (E.), *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, Préf. F. Ranieri, LGDJ, 2001.
- CAMPION (S.), *De la connaissance acquise par les tiers d'un transfert de créance non signifié*, thèse Lille, 1909.
- J. CESARESCOU (J.- N.), *De la détermination des tiers en matière de cession de créance*, Thèse Paris., 1899.
- CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016.
- CHAUVIRE (Ph.), *L'acquisition dérivée de la propriété, Le transfert volontaire des biens*, Préf. Th. Revet, LGDJ, 2013.
- COMPARATO (F.-K.), *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Préf. A. Tunc, Dalloz Librairie, 1963.
- CONSTANTIN (A.), *Transfert des créances en droit français et en droit anglais*, thèse Lyon, 2007.
- CORNELOUP (S.), *La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, Préf. P. Lagarde, LGDJ, 2003.
- DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Préf. Chr. Atias, Dalloz, coll. « Bibl. Dalloz », 2008, réédition de l'ed. 1952.
- DANOS (F.), *Propriété, possession et opposabilité*, Préf. L. Aynès, Economica, 2007.
- DAVID (V.), *Les intérêts de sommes d'argent*, Préf. Ph. Rémy, LGDJ, Collection de la Faculté de droit et des Sciences sociales, Université de Poitiers, 2005.
- DELMAS- SAINT HILAIRE (Ph.), *Le tiers à l'acte juridique*, Préf. J. Hausser, LGDJ, 2000.
- DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales de droit privé, Essai critique*, La Mémoire du Droit, 2001, rééd. de l'éd. de 1911.
- DESHAYES (O.), GENICON (Th.) et LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016.
- DISSAUX (N.) et JAMIN (Ch.)
- *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, commentaire article par article, Dalloz, 2015.
- *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016), commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil, Dalloz, 2016.
- DREIFUSS-NETTER (F.), *Les manifestations de volonté abdicatives*, Préf. P. Tercier, LGDJ, 1985.
- DUBARRY (J.), *Le transfert conventionnel de propriété, Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, Préf. B. Dauner-Lieb et R. Libchaber, LGDJ, 2014.
- DUBOC (G.), *La compensation et les droits des tiers*, Préf. J.-L. Mouralis, LGDJ, 1989.
- DUCLOS (J.), *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, Préf. D. Martin, LGDJ, 1984.
- DUPICHOT (Ph.), *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Préf. M. Grimaldi, Edition Panthéon-Assas, 2005.
- EMERICH (Y.), *La propriété des créances, approche comparative*, Préf. F. Zenati-Castaing, LGDJ, 2007.
- ENGEL-CREACH (A.), *Les contrats judiciairement formés*, Pref. A. Bénabent, Economica, 2002.
- FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Préf. F. Leduc, Dalloz, 2012.
- FRANÇOIS (J.), *Les opérations juridiques triangulaires attributives* (Stipulation pour autrui et délégation de créance), thèse Paris II, 1994.
- GAUDEMET (E.), *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, Editions Panthéon-Assas, rééd. 2014.
- GHOZI (A.), *La modification de l'obligation par la volonté des parties, étude de droit civil français*, Préf. D. Tallon, LGDJ, 1980.
- GIDE (P.), *Études sur la novation et le transport des créances en droit romain*, Librairie Larose, Paris, 1879.

- GIJSBERS (Ch.), *Sûretés réelles et droit des biens*, Préf. M. Grimaldi, Economica, 2015.
- GINOSSAR (S.)
- *Droit réel, propriété et créances : élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960.
- *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers, émergence du délit civil de fraude*, LGDJ, 1963.
- GREAU (F.), *Recherche sur les intérêts moratoires*, Defrénois, 2006.
- GUERIN (E.), *Du transport-cession*, thèse Caen, 1879.
- GRANOTIER (J.), *Le transfert de propriété des valeurs mobilières*, Préf. D. Cohen, Economica, 2010.
- HAGE-CHAHINE (N.), *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, Préf. Y. Lequette, Editions Panthéon-Assas, 2017.
- HONTEBEYRIE (A.), *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, Préf. L. Aynès, Economica, 2004.
- JACOB (Th.), *Cession de créance et opposabilité*, thèse Strasbourg, 2015.
- JALANQUES (E.), *De la cession des créances en droit romain*, thèse Paris, 1878.
- JEULAND (E.), *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, Préf. L. Cadet, LGDJ, 1999.
- JUILLET (Ch.), *Les accessoires de la créance*, Préf. Ch. Larroumet, Defrénois, 2009.
- JULIENNE (M.),
- *Le régime général des obligations après la réforme*, LGDJ, 2017.
- *Le nantissement de créance*, Préf. L. Aynès, Economica, 2012.
- LACHIEZE (Ch.), *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, Atelier National de reproduction des thèses, 1996.
- LACROIX- DE SOUSA (S.), *La cession de droits sociaux à la lumière de la cession de contrat*, Préf. M.-E. Ancel, Fondation Varenne, 2011.
- LAITHIER (Y.-M.), *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Préf. H. Muir Watt, LGDJ, 2004.
- LARGUIER (J.), *La notion de titre en droit privé*, Dalloz, 1951.
- LAROCHE (M.), *Revendication et propriété- Du droit des procédures collectives au droit des biens*, Préf. Ph. Théry, Defrénois, 2007.
- LARROUMET (Ch.), *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse Bordeaux, 1968.
- LAURENT (J.), *La propriété des droits*, Préf. Th. Revet, LGDJ 2012.
- LEBRET (A.-S.), *La distinction des nullités relative et absolue*, thèse Paris II, 2015.
- LEGEAIS (D.), *Les garanties conventionnelles sur créances*, Préf. Ph. Rémy, Economica, 1986.
- LEPLAT (F.), *La transmission conventionnelle des créances*, thèse Paris X, 2001.
- LISANTI-KALCZYNSKI (C.), *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, Préf. F. Pérochon, Litec, 2001.
- LUCAS (F.-X.), *Les transferts temporaires de valeurs mobilières, pour une fiducie de valeurs mobilières*, Préf. L. Lorvellec, LGDJ, 1997.
- MAILLET (M.), *La théorie de Schuld et de Haftung en droit romain*, thèse Aix-en-Provence, 1944.
- MALASSIGNE (V.), *Les titres représentatifs, Essai sur la représentation juridique des biens par des titres en droit privé*, Préf. A. Ghazi, Dalloz, 2016.
- MALECOT (L.-A.), *De la cession des créances en droit romain et en droit civil*, thèse Paris, Gustave Retaux, 1868.
- MENDEGRIS (R.), *La nature juridique de la compensation*, Préf. P. Catala, LGDJ, 1969.
- MERCADAL (B.), *Réforme du droit des contrats*, Ed. Francis Lefebvre, 2016.
- MESTRE (J.), *La subrogation personnelle*, Préf. P. Kayser, LGDJ, 1979.
- MIGNOT (M.), *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, Préf. E. Loquin, Dalloz, 2002.
- MOULOUNGUI (C.), *L'admissibilité du profit dans la subrogation*, Préf. F. Grua, LGDJ, 1995.
- OVERSTAKE (J.-F.), *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969.
- PAPANDREOU-DETERVILLE (M.-F.), *Le droit anglais des biens*, Préf. G. Samuel, LGDJ, 2004.
- PARANCE (B.), *La possession des biens incorporels*, Préf. L. Aynès, LGDJ, 2008.
- PARDOEL (D.), *Les conflits des lois en matière de cession de créances*, Préf. P. Lagarde, LDGJ, 1997.
- PELLIER (J.-D.), *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation, contribution à l'étude du concept de coobligation*, Préf. Ph. Délébecq, LGDJ, 2012.

- PELISSIER (A.), *Possession et meubles incorporels*, Préf. M. Cabrillac, Dalloz, 2001.
- PICOD (N.), *La remise de dette en droit privé*, Préf. C. Saint-Alary-Houin, Dalloz, 2013.
- RAFFRAY (R.), *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, Préf. F. Deboissy, Dalloz, 2011.
- RAKOTOVAHINY (A.), *L'évolution de la notion de créance*, thèse Paris, 1999.
- RAYNAUD (B.), *La stipulation d'indisponibilité*, Préf. Y. Chaput, LGDJ, Fondation Varenne, 2003.
- RAYNAUD (P.), *Les contrats ayant pour objet une obligation*, DEA de Droit privé général, les Cours de droit, 1976-1978.
- RIGAUD (L.), *Le droit réel, histoire et théories*, thèse Toulouse, 1912.
- ROCHEFELD (J.), *Cause et type de contrat*, Préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999.
- ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005.
- ROUHETTE (G.), *Principes du droit européen du contrat*, avec le concours d'Isabelle de Lamberterie, Denis Tallon, Claude Witz, Société de législation comparée, 2003.
- SAGHY (P.), « La cession particulière de créances », in *La transmission de l'obligation*, R. Ibarra Garza et Ch. Larroumet (dir.), Editions Panthéon-Assas, colloques, 2017, p. 13 et s.
- SALEILLES (R.), *La théorie générale de l'obligation*, La mémoire du droit, 2001, rééd. de la 3^e éd., LGDJ, 1925.
- SAVATIER (R.), *La théorie des obligations*, Dalloz, 4^e éd., 1979.
- SEUBE (J.-B.), *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Préf. M. Cabrillac, Litec, 1999.
- SEVELY-FOURNIE (C.), *Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé, contribution à l'étude de l'acte juridique*, Préf. L. Rozes, Dalloz, 2010.
- SILVA BASCUÑÁN (A.), *De la cesión de derechos*, t. I, *De los créditos personales* (civiles y comerciales), Memoria de licenciado, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 1933.
- SOUCHARD (C.), *De la cession des créances*, thèse Paris, 1977.
- STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat*, Préf. R. Bout, LGDJ, 2000.
- SUREAU (G.), *De la cession de créances en droit romain et en droit civil français*, thèse Paris, 1878.
- TEYSSIE (B.), *Les groupes de contrats*, Préf. J.-M. Mousseron, LGDJ, 1975.
- THERON (J.), *L'intervention du juge dans les transmissions de biens*, Préf. C. Saint-Alary-Houin, LGDJ, 2008.
- THOMASSIN (N.), *De la propriété : contribution à une théorie générale*, thèse Paris XI, 2009.
- TIMOTHEE (J.), *Cession de créance et opposabilité*, thèse Strasbourg, 2015.
- TOSI (I.), *Acte translatif et titularité des droits*, Préf. M.-L. Mathieu-Izorche, LGDJ, 2006.
- VAN STEENLANDT (Ph.), *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, préf. H. Lécuyer, LGDJ, 2017.
- VERDIER (J.-M.), *Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des droits*, Rousseau, 1955.
- VILLEY (M.), « Les Institutes de Gaius et l'idée du droit subjectif », *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 2002.
- WEILL (A.), *La relativité des conventions en droit privé français*, Thèse Strasbourg, 1938.
- WICKER (G.), *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Préf. J. Amiel-Donat, LGDJ, 1996.
- WINTGEN (R.), *Etude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, Préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004.
- WITZ (Cl.), *La fiducie en droit privé français*, Préf. D. Schmidt, Economica, 1981.

B. COLOMBIE

- ACEVEDO REHBEIN (A.), *La cesión de créditos y las cláusulas de mejores esfuerzos en el derecho comparado*, Universidad del Rosario, 2006.
- ARIZA-CABRA (D.-A.) et GIRALDO-RAMIREZ (W.-A.), «Adquisición del derecho de propiedad por la aplicación del principio de buena fe (Adquisiciones a non domino) », Monografía, Universidad Javeriana, 2005.
- CAMACHO LÓPEZ (M.-E.), *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*, Universidad Externado de Colombia, 2016.

- CASTANEDA VARGAS (D.-J.) et REYES PATINO (D.-A.), *Análisis sustancial y procesal de las subrogaciones tramitadas ante los juzgados del distrito judicial de Bucaramanga durante los años 2002 a 2012*, Universidad Industrial de Santander, Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de derecho y Ciencia política, Bucaramanga, 2012.
- ECHAVARRIA DAPENA (A.), *Análisis de la ley 1676 de 2013: Garantías mobiliarias*, Universidad EAFIT, Monografía, Escuela de derecho, Medellín, 2014: <https://repository.eafit.edu.co/xmlui/bitstream/handle/10784/5253/ANALISIS%20DE%20LA%20LEY%201676%20DE%202013%20GARANTIAS%20MOBILIARIAS.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- ESCOBAR MARULANDA (J.-G.) et OSSA MUNERA (J.-E.), *La naturaleza jurídica de la cesión del crédito*, monografía, Pontificia Universidad Javeriana, 1982.
- FORTICH (S.), *Essai sur le formalisme contemporain dans la protection du consentement contractuel*, thèse Paris II, 2016.
- GÓMEZ CEBALLOS (R.), *Contrato de factoring*, Monografía, Especialización en derecho comercial, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2013.
- LUCIA MOSCOSO (A.), *Cesión de derechos*, Tesis de grado, Facultad de ciencias Económicas y jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1967.
- RAMÍREZ BAQUERO (E.), *La ineficacia en el negocio jurídico*, Editorial Universidad del Rosario, 2008.
- RENGIFO GARCÍA (E.), *La fidejucia mercantil y pública en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, 2^e éd., 2006.
- SAMPAYO NOGUERA (D.), *El derecho de retracto por causa de la cesión litigiosa*, Monografía, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1999.

C. AUTRES PAYS

- COMPAGNUCCI DE CASO (R.-H.), *Cesión de créditos*, La Ley, 2002.
- GUAJARDO FAJARDO (J.-L.), *La causa y su operatividad en tema de atribuciones patrimoniales*, Universidad de Sevilla, 1999.
- MAHECHA LOPEZ (M.), *Cesión de derechos*, Monografía, Universidad de la sabana, spéc. p. 9, <http://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5415/129339.pdf?sequence=1>.
- REQUEJO ISIDRO (M.), *La cesión de créditos en el comercio internacional*, Universidad de Santiago de Compostela, 2002.
- VITERI MONTALDO (R.-S.), « La posesión de derechos en el código civil chileno », Monografía, Facultad de derecho, Universidad de Chile, 2014.
- Andrés Bello, Obras completas, t. XIII, Código Civil de la República de Chile*, t. II, Caracas, Venezuela, Ministerio de Educación, Comisión editora de las obras completas de Andrés Bello, Biblioteca Nacional, 1955.

III. ARTICLES

A. FRANCE

- ANCEL (F.), « Quel juge pour le contrat au XXI^e siècle ? *D.* 2017, n^o 13, p. 721 s.
- ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771 s.
- ANDREU (L.)
- « Les opérations translatives (cession de créance, cession de dette, cession de contrat) », in *Pour une réforme du régime général des obligations*, dir. François Terré, Dalloz, Dalloz, 2013, p. 123 s.
 - « De l'effet automatique de la compensation », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 1 s.
 - « L'extinction de l'obligation », *Dr. et pat.* mai 2016, n^o 258, p. 86 s.

- « Réflexions sur la nature juridique de la compensation », *RTD com.* 2009, p. 655 s.
ANDREAU (L.) et FORTI (V.), *Chronique du régime général des obligations*, (sept. 2015-Février 2016) 2^e part., *LPA*, n° 153, p. 6 s.
- ANSALONI (G.), « De la modification du contrat générateur de la créance », *D.* 2014, p. 2508 s.
- ATTAL (M.), « De la validité et des utilités de la cession de créance future à titre de garantie », *Dr. et. pat.*, n° 137, mai 2005, p. 34 s.
- AUCKENTHALER (F.), « Le droit du subrogé aux intérêts de la créance », *D.* 2000, p. 171 s.
- AYNES (A.)
- « Sort de la créance cédée à titre de garantie en cas d'extinction de la créance garantie », *RDC* 2008, n° 3, p. 865.
- « La subrogation personnelle », in *La transmission de l'obligation*, R. Ibarra Garza et Ch. Larroumet (dir.), Editions Panthéon-Assas, colloques, 2017, p. 91 et s.
- AYNES (L.)
- « Cession de contrat, cession de créance : rôle de la signification au débiteur cédé », *D.* 2009, p. 842 s.
- « L'actualité jurisprudentielle en matière de sûretés personnelles », *RLDC* fév. 2007, n° 35.
- « Une discrète consécration de la cession de créances futures à titre de garantie », *D.* 2001, p. 3110 s.
- BARBIER (H.)
- « Des pièges de la cession de créance pour le cessionnaire, le cédant et le cédé », *RTD civ.* 2015, p. 137 s.
- « La transition en douceur de la cause vers la contrepartie, et l'entrée en scène de « l'équilibre général du contrat », *RTD civ.* 2016, p. 614 s.
- BARTHEZ (A.-S.), « Régime général de l'obligation-condition et terme », obs. sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations, dir. Jacques Ghestin, *LPA*, 4 septembre 2015, n° 177, p. 102 s.
- BENABENT (A.) et AYNES (L.), « Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général », *D.* 2016.
- BERT (D.), « Regards sur la transmission de l'action en justice (à propos de Cass. civ. 1, 10 janvier 2006) », *D.* 2006, p. 2129 s.
- BERLIOZ (P.), « Opposabilité de la cession de créance », *RDC* 2014, n° 4, p. 750 s.
- BILLIAU (M.), « Observations de Marc Billiau », *LPA* 4 sep. 2015, n° 177, p. 106 s.
- BOILLOT (Ch.)
- « L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires », *RTD com.* 2010, p. 243 s.
- « Le régime des clauses relatives au litige », *RTD com.* 2013, p. 1 s.
- BOLLEE (M.), « La circulation de la clause compromissaire dans les chaînes de contrats translatifs de propriété », *D.* 2007, p. 2077 s.
- BOSSAN (J.), « La considération de la personne du créancier », *LPA* 3 mars 2008, n° 45, p. 4 s.
- BOULANGER (J.), « Etudes et documents, question n° 107, Commission chargée d'étudier la mise en gage des créances à personne dénommée », *Bull. Soc. ét. lég.*, 1937, p. 341 s.
- CABRILLAC (M.)
- « Les accessoires de la créance », in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 107 s.
- « Les conflits entre les cessionnaires d'une même créance transmise par bordereau », *D.* 1990, p. 127 s.
- CARBONNIER (J.)
-« Sociologue de la vente » in *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7^e éd., LGDJ, 1992.
- CATALA (P.), « Cession de créance et subrogation personnelle dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 213 s.
- CERLES (A.), « Dénouement de la cession Dailly à titre de garantie », *RDBF*, n° 3, mai 2010, comm. 95.

- CHAUVIRE (Ph), « Voyage sur les terres de l'inaliénabilité conventionnelle », in *Liberté contractuelle et droits réels*, dir. L. Andreu, Institut Universitaire Varenne, Collec. Colloques & Essais, 2015, p. 155 s.
- CHAZAL (J.-P.), « Cession de créances, transfert de propriété et loi Dailly », *D.* 2000, p. 567 s.
- CHAZAL (J.-P.) et VICENTE (S.), « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil », *RTD civ.* 2000, p. 477 s.
- CHENEDE (F.), « La cession de créance », in *Le nouveau régime général des obligations*, dir. V. Forti et L. Andreu, Dalloz, 2016, p. 87 s.
- CHIRONI (G.-P.), « Le Code civil et son influence en Italie » trad. De M.R. Saleilles, in *Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire*, Dalloz, 2004, p. 761 s.
- CHOLET (D.), « La novation de contrat », *RTD civ.* 2006, p. 467 s.
- CLAY (Th.), « Qui arrêtera la circulation de la clause compromissaire », *D.* 2003, p. 2471.
- COLLIN (A.), « Du caractère volontaire du déclenchement de la compensation », *RTD civ.* 2010, p. 229 s.
- CORBISIER (I.), « Les différents tiers au contrat, rapport belge », *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco-belges*, M. Fontaine et J. Ghestin (dir.), LGDJ 1992, p. 100 s.
- CORGAS (C.), « La cession de créances futures à titre de garantie », *Revue juridique de l'Ouest*, 2002-4.
- CORNIL (G.), « Debitum et obligatio. Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine », in *Mélanges P.-F. Girard*, t. I. Libraire Arthur Rousseau, 1912, p.
- CROCQ (P.)
- « L'efficacité incertaine de la cession Dailly », *Dr. et Patr.* 2002, 106.
 - « cession de créance à titre de garantie », *Lamy Droit des sûretés*, 2007, n° 262.
 - « Une très importante consécration de la pleine efficacité du « nantissement » d'une créance née d'un contrat à exécution successive », *RTD civ.* 2010, p. 957.
- DANNENBERGER (F.), « Opposabilité des exceptions au cessionnaire de créances cédées par Bordereau Dailly », *JCP G*, n° 49, déc. 2005, II.
- DABIN (J.), « Une nouvelle définition du droit réel », *RTD civ.* 1962, p. 20 et s.
- DANIS-FATOME (A.), « Le retrait litigieux, un article manquant », *RDC* 2015, n° 3, p. 807 s.
- DANOS (F.)
- « La diversité des restrictions conventionnelles au droit de disposer », *RDC* 2016, n° 1, p. 158 s.
 - « La notion d'exception inhérente à la dette en matière de cession de créance », *RLDC*, 2010, n° 73.
 - « Proposition de modification de l'article 1323 du Code civil : l'opposabilité aux tiers de la cession d'une créance future », *RDC* 2017, n° 1, p. 200 s.
- D'AVOUT (L.), « La transmission de l'obligation en droit international privé », in *La transmission de l'obligation*, R. Ibarra Garza et Ch. Larroumet (dir.), Editions Panthéon-Assas, colloques, 2017.
- DE LA GRASSERIE (R.), « De la fongibilité juridique », *RGD* 1911, p. 133 s.
- DELPECH (X.)
- « Cession de créance : respect impératif du formalisme légal », *D.* act. 10 avril 2012.
 - « La cession de créance emporte celle des actions en justice qui lui sont attachées », *D.* 2006, p. 365 s.
- DEMOGUE (R.), « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD civ.* 1905, p. 723 s.
- DESHAYES (O.)
- « La subrogation 'conventionnelle' », *Mélanges en l'honneur du professeur Nicole Decoopman*, Les frontières du droit, Ceperisca, 2014, p. 131 s.
 - « La cession de créance. Peut-elle être opposable aux tiers sans formalité ? », in *La réforme du régime général des obligations*, dir. L. Andreu, Dalloz, 2011, p. 73 s.
 - « Précisions sur la nature et les fonctions de la règle d'effet relatif des contrats (effet relatif, prohibition et interprétation) », *Études offertes à Geneviève Viney, Liber amicorum*, LGDJ, 2008, p. 333 s.

- DOUBLET (G.), « Etudes sur le retrait litigieux », *Revue pratique de droit français*, t. IX, 1860, p. 105 s.
- DROSS (W.), « Les modèles d'inaliénabilité conventionnelle », *RDC* 2016, n° 1, p. 171 s.
- DUPICHOT (Ph.)
- « La cause et la réforme des contrats, entre immolation et transfiguration », in *Comparaison de la réforme du droit français des contrats et du régime de l'obligation avec le nouveau Code civil roumain*, dir. Martine Behar-Touchais, vol. 1, IRJS, 2016.
 - « Pour une classification fonctionnelle des opérations sur créances dans le nouveau régime général des obligations », *Dr. et. pat.* avril 2015, n° 246, p. 20 s.
 - « Propriété et garantie au lendemain de l'ordonnance relative aux sûretés », *RLDC* 2006, n° 29.
- ECKERT (G.), « Des difficultés résultant de l'application de la loi Dailly aux marchés publics », *JCP G* 1995, n° 50, II, 22552.
- EGEA (V.), « La circulation d'une créance non monétaire » *D.* 2012, p. 2111 s.
- EMY (Ph.), « A propos de l'opposabilité d'une cession de créance, Réflexions sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *D.* 2008, p. 2886.
- FABRE-MAGNAN (M.)
- « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85 s.
 - « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ.* 1997, p. 583 s.
- FADDOUL (J.), « Inopposabilité d'une cession Dailly portant une date postérieure à l'acceptation », *D.* 2000, p. 131 s.
- FEDOU (J.-F.), « La contribution du groupe de travail de la Cour de cassation au nouveau régime général des obligations », in *Le nouveau régime général des obligations*, dir. V. Forti et L. Andreu, Dalloz, 2016, p.
- FLOUR (J.), « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du vingtième siècle, Études offertes à Georges Ripert*, t. I, Paris, LGDJ, 1950, p. 93 s.
- V. FORTI, « L'exercice du retrait litigieux à l'égard de la cession à un fonds commun de créances », *D.* 2008, p. 1732 s.
- FRANÇOIS(C.)
- « Présentation des articles 1321 à 1326 de la nouvelle section 1 « La cession de créance » », in La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre4/chap2/sect1-cession-creance/>
 - « Présentation des articles 1329 à 1335 de la nouvelle section 3 « La novation » », La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre4/chap2/sect3-novation/>
- FRANÇOIS (J.)
- « Les opérations sur la dette », *RDC* 2016, hors-série, p. 45 s.
 - « Les créances sont-elles des biens ? » *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, p. 149 s.
 - « Opposabilité de la cession de créance et intervention d'un tiers dépositaire dans le processus de paiement », *JCP G* 2014, n° 37, 922, p. 1582 s.
- FRAUD (E.), « La notion de transfert de créance », *RRJ*, 1998/3, 817.
- FREMEAUX (E.) et JULIENNE (M.), « La circulation des obligations issues du contrat », *JCP N*, 28 avril 2017, n° 17, 1166.
- GARREAU (Ch.), « La saisie attribution, la procédure collective et la date de naissance des créances contractuelles », *RTD com.* 2004, p. 413 s.
- GAUDEMET (J.), « Naissance d'une notion juridique, Les débuts de l'« obligation » dans le droit de la Rome antique », in *L'obligation*, *APD*, t. 44, Dalloz, 2000, p. 19 s.
- GAUTIER (P.-Y.)
- « Solo : à propos de la fermeture au cessionnaire Dailly, de l'action en revendication de sa créance à l'encontre du banquier réceptonnaire », *RTD civ.* 1996, p. 192 s.
 - « Le syndic aux enfers et l'avocat aux anges : le contrat intuitu personae ne peut être librement transféré à autrui, sauf à ce que le représenté y consente », *RTD civ.* 2000, p. 858 s.
- GAVALDA (Ch.) et STOUFFLET (J.), « Le contrat dit de factoring », *JCP*, 1966, I, 2044.
- GHESTIN (J.)

- « Les effets du contrat à l'égard des tiers », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco-belges*, dir. Marcel Fontaine et J. Ghestin, LGDJ, 1992, p. 4 s.
- « La transmission des obligations en droit positif français », in *La transmission des obligations*, Travaux des IX^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations, Bruylant, LGDJ, 1980, p. 3 s.
- GIJSBERS (Ch.)
 - « Le nouveau visage de la cession de créance », *Dr. et pat.*, n° 260, juill-août 2016, p. 48 s.
 - « Les opérations translatives », *Dr. et pat.*, n° 258, mai 2016, p. 76 s.
- GINOSSAR (S.), « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD civ.* 1962, p. 37 s.
- GOLHEN (C.), « L'assujettissement d'un tiers à une clause attributive de juridiction », *Procédures*, 1^e partie, 2008, étude 5.
- GOUËZEL (A.), « Les opérations translatives », *AJCA*, 2016, p. 135 s.
- GOYET (C.), « Double mobilisation d'une créance par bordereau Dailly et billet à ordre », *D.* 1998, p. 620 s.
- GRIDEL (J.-P.), « Sur l'hypothèse d'un code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens », Dimanche 23 au mardi 25 février 2003, *Gazette du Palais*, Doctrine, II partie, art. 122-2.
- GRIMALDI (M.)
 - « Présentation d'un avant projet de réforme des sûretés », *D.* 2017, p. 1717.
 - « Les intérêts d'un prêt substitutif », *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 249 s.
 - « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », 1^{re} partie, *Deffrénois*, 1991, art. 35085, p. 895 s et 2^e partie, *Deffrénois*, 1991, art. 35094, p. 961 s.
 - « L'exportation du Code civil », *Pouvoirs*, 2003-4, n° 107, p. 80 s.
 - « Le contrat et les tiers », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, *Libres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006, p. 163 s.
- GRIMALDI (M.) et FREMEAUX (E.), « La garantie hypothécaire des intérêts dus au créancier subrogé », *Deffrénois*, 2011, n° 10, p. 959 s.
- GUERIN-SEYSEN (D.), « Libres propos sur l'instrumentalisation et la pérennité de la notion de cause », *LPA*, 2011, n° 186, p. 8 s.
- GUTMAN (D.), « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, les ressources du langage juridique », in *Le droit et l'immatériel*, *APD*, t. 43, Sirey, 1999, p. 74 s.
- HANSENS, « Le Code civil en Belgique », in *Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire*, Dalloz, 2004, p. 681 s.
- HOCQUET-DE LAJARTRE (A.-S.), « La protection des droits du débiteur cédé dans la cession Dailly », *RTD com.* 1996, p. 211 s.
- HONTEBEYRIE (A.), « Du risque de double-paiement couru par le débiteur cédé en cas d'annulation de la cession de créance », *D.* 2012, p. 1107 s.
- HOUTCIEFF (D.), « Contribution à l'étude de l'intuitus personae », *RTD civ.* 2003, p. 3 s.
- HUET (J.), « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 425 s.
- IZORCHE (M.-L.), « Validité et violation d'une clause de non-concurrence insérée dans le contrat d'un agent commercial », *D.* 2000, p. 317 s.
- JALUZOT (B.) « Méthodologie du droit comparé. Bilan et perspective », *RIDC*, n° 1, 2005, p. 29 s.
- JESTAZ (Ph.), « Rapport de synthèse », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Actes du colloque organisé par le Centre de recherche européen de droit des obligations de l'Université Paris XII et le Centre de droit des contrats de l'Université de LilleEconomica, 1999, p. 87 s.
- JUBAULT (Ch.), « Les « exceptions » dans le Code civil, à la frontière de la procédure et du fond », (1^{re} partie), *LPA*, 15 janv. 2003, n° 13, p. 4 s.
- JULIENNE (M.)
 - « Le transport des créances et des dettes par novation et délégation », in *Le nouveau régime général des obligations*, dir. Valerio Forti et L. Andreu, Dalloz, 2016, p. 109 et s.

- « Cession de créance : transfert d'un bien ou changement de créancier », *Dr. et pat.*, juill.-août 2015, n° 249, p. 69 s.
- « Signification, notification et cession de créance, à propos de Cass. civ., 1^{re}, 22 mars 2012 », *Defrénois*, 2012, n°11, p. 555 s.
- KAIGL (Ph.), « Les cessions d'obligations », in *La réforme du droit des contrats en pratique*, dir. M. Latina, Dalloz, 2017, p. 95 s.
- KLEIN (J.), « La réserve de propriété est-elle vraiment un accessoire de la créance », *RDC* 2014, n° 3, p. 393 s.
- KRAJESKI (D.), « *L'intuitus personae* et la cession du contrat » *D.* 2001, p. 1345 s.
- KRAMPE (Ch.), « Obligation comme bien. Droit français et allemand », in *L'obligation*, *APD*, t. 44, Dalloz, 2000, p. 205 s.
- KUASSI DECKON (F.), « La notification de la cession de créances professionnelles », *RTD com.* 2005, p. 649 s.
- LAITHIER (Y.-M.)
- « La consécration d'une opinion doctrinale : l'opposabilité des exceptions inhérentes à la créance cédée », *RDC* 2010, n°3, p. 834 s.
- « Dispositions relatives à la validité du contrat », in *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Journée nationale, t. XX, Nancy, Dalloz & Association Henri Capitant, 2016.
- LARROUMET (Ch.)
- « La cession de créance de droit commun à titre de garantie », *D.* 2007, p. 344 s.
- « Le conflit entre cessionnaires successifs d'une créance transmise par Bordereau », *JCP E*, 1990, II, 15877.
- « Présentation », in *La transmission de l'obligation*, R. Ibarra Garza et Ch. Larroumet (dir., Editions Panthéon-Assas, colloques, 2017, p. 9 et s.
- LASBORDES (V.), « L'actualité de la cession de créance », *LPA* 14 nov. 2002, n° 228, p. 4 s.
- LASBORDES- DE VIRVILLE (V.), « Les risques encourus par le banquier cessionnaire », *RDBF* mars 2006, n° 2, dossier 1.
- LAUDE (A.), « La fongibilité : diversité des critères et unité d'effets », *RTD com.* 1995, p. 307 s.
- LEBEL (Ch.), « Compensation pour dettes connexes : rappel des conditions de mise en œuvre », *Lexbase Hebdo, Ed. Affaires*, 6 sept. 2012, n° 307.
- LECUYER (H.), « La modification unilatérale du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, Economica, coll. Etudes juridiques, 1999, p. 47 s.
- LE DAUPHIN (H.), « Une illustration des limites de la notion de connexité en matière de compensation », *D.* 1996, p. 502 s.
- LEDUC (F.), « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité », *RTD civ.* 1995, p. 307.
- LE GALLOU (C.), « Cession de créance : apparition postérieure des exceptions, mais naissance antérieure ! », *RLDC* 2010, n° 370-22 note sous Cass. com., 12 janv. 2010, n° 08-22.000
- LEGEAIS (D.)
- « Crédit et titres de crédit », *RTD com.* 2008, n° 9, p. 834 s.
- « Les rapports de l'établissement de crédit cessionnaire de créances professionnelles et des débiteurs cédés », *RDBB*, juillet-août 1990,
- « Retrait litigieux. Possibilité d'exercer le retrait litigieux alors même que la cession se réalise au profit d'un fonds commun de créances », *RTD com.* 2008, p. 606 s.
- LE MAIGAT (P.), « La protection du débiteur cédé face au caractère occulte de la « cession Dailly », *RDBF* mars 2002, n° 2, étude n° 100015.
- LIBCHABER (R.)
- « Une fiducie française, inutile et incertaine », *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, Liber amicorum, Defrénois, 2005, p. 303 s.
- « Les embarras du retrait litigieux : suite, mais pas fin », *RDC* 2015, n° 2, p. 260 s.
- LICARI (F.-X.)
- « Une sûreté négative : la renonciation du débiteur cédé à ses exceptions (droit français-droit comparé-droit uniforme), *RLDC* 2004, n° 5, p. 57 s.
- « L'incessibilité conventionnelle de la créance, Le pactum de non cedendo, de l'Ecole des Pandectes à la loi relative aux nouvelles régulations économiques », 1^{ère} partie, *RJ Com.* 2002 /2, p. 66 s.

- « L'incessibilité conventionnelle de la créance, le pactum de non cedendo, de l'École des Pandectes à la loi relative aux nouvelles régulations économiques », suite et fin, *RJ Com.* 2002/3, p. 103 s.
- LISANTI (C.), « Période suspecte, paiement anticipé et cession Dailly : revirement de jurisprudence ? », *Bull. Joly Ent. Diff.*, 2015, n° 6, p. 378 s.
- MALLET-BRICOUT (B.), « La cession de contrat de droit commun-approche comparative », in *La transmission de l'obligation*, R. Ibarra Garza et Ch. Larroumet (dir.), Editions Panthéon-Assas, colloques, 2017, p. 23 et s.
- MARTIN (D.) et SYNDET (H.), « Le paiement à autrui de la créance professionnelle cédée », *JCP E*, 1987, n° 19, 14940.
- MATHIEU-BOUYSSOU (M.-E.), « La transmission de la clause compromissoire au cessionnaire de la créance », *JCP G* mars 2003, n° 11, doctr. 116.
- MAYER (P.), « Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire », *Revue de l'arbitrage*, 1998, p. 359 s.
- MAZEAUD (D.), « La cause pour que survive la cause, en dépit de la réforme », *Dr. et pat.*, oct. 2014, n° 240, p. 38 s.
- MEKKI (M.), « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2016, p. 494 s.
- MIGNOT (M.)
- « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (III) », *LPA*, 14 mars 2016, n° 52, p. 7 s.
- « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (V) », *LPA*, 30 mars 2016, n° 64, p. 7 s.
- « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IX) », *LPA*, 26 avril 2016, n° 83, p. 6 s.
- « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (XI) », *LPA*, 13 mai 2016, n° 96, p. 6 s.
- MILLEVILLE (S.), « Réforme du droit des contrats et des obligations : l'opposabilité de la cession de créance », *Lexbase Hebdo*, éd. privée, 10 mars 2016, n° 646.
- MOREIL (S.) « Des précisions quant au régime de la cession de créances professionnelles à titre de garantie », *Gaz. Pal.* 2015, n° 314, p. 27 s.
- MORTIER (R.), « Consécration de la transmission de la garantie du passif au sous-acquéreur », *Droit des sociétés*, n° 1, janvier 2013, comm. 2.
- MOURY (J.), « Réflexions sur la transmission des clauses de compétence dans les chaînes de contrats translatifs », *D.* 2002, p. 2744 s.
- NERSON (R.), « Exercices de vocabulaire », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, Paris, 1966, p. 603 s.
- NEUMAYER (R.-H.), « La transmission des obligations en droit comparé », in *La transmission des obligations*, Travaux des IX^e journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations, Bruylant, LGDJ, 1980, p. 193 s.
- PELLETIER (N.), « Précisions sur le sort d'actions engagées par le cédant d'une créance préalablement à la cession », note sous Cass. civ. 1^e, 22 sept. 2011, n° 09-16198, *LPA* 2014, n° 74, p. 6 s.
- PETIT (F.), « Réflexions sur la sécurité dans la cession de créance dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *D.* 2006, p. 2819 s.
- PHILIPPE (D.), « La connaissance du contrat par les tiers et ses effets », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco-belges*, dir. M. Fontaine et J. Ghestin, LGDJ, 1992, p. 152 s.
- PINNA (A.), « La mobilisation d'une créance indemnitaire », *RTD civ.* 2008, p. 229 s.
- POLLAUD-DULIAN (F.), « Le prix du retrait litigieux dans les cessions globales de créances », *D.* 2012, p. 834.
- PONTON-GRILLET (D.), « La spéculation en droit privé », *D.* 1990, p. 157 s.

- POUMAREDE (M.), « Le contenu du contrat », *RDI*, 2016, p. 331.
- PRADEL (X.), « Cession de créance et transfert de la clause compromissoire », *D.* 2003, p. 569 s.
- PUTMAN (E.), « Christophe Juillet, les accessoires de la créance », *RTD civ.* 2010, p. 197 s.
- RAKOTOVAHINY (R.-A.), « La créance cédée par bordereau Dailly : une appropriation encadrée », *LPA*, 15 janvier 2008, n° 11, p. 20 s.
- RAMPELBERG (R.-M.)
- « L'obligation romaine : Perspective sur une évolution », in *APD*, t. 44, *L'obligation*, Dalloz, 2000, p. 51 s.
 - « La vente est-elle translatrice de la propriété ? Variations franco-germaniques sur une thèse romaine », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 19, 1998, p. 51 s.
- RANDOUX (D.), Cass. com. 7 avr. 2009, *Rev. Soc.* 2009. p. 786 s.
- RAYMOND (S.) « La cession de créance : le rôle du consentement du débiteur (Projet, art. 1332 et 1335) », in *Projet de Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, analyses et propositions*, dir. M. Latina et G. Chantepie, Dalloz, 2015.
- RAYNAUD (P.), « La renonciation à un droit, sa nature, son domaine en droit civil », *RTD civ.* 1936, p. 763 s.
- RAYMOND (S.), « La cession de créance : le rôle du consentement du débiteur (Projet, art. 1332 et 1335) », in *Projet de Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, analyses et propositions*, dir. M. Latina et G. Chantepie, Dalloz, 2015, p. 117 s.
- REMY (Ph.), « L'effet translatif », in *Pour une réforme du droit des contrats*, dir. François Terré, Dalloz, 2009, p. 250 s.
- RENFERT (M.) et BRUN (J.-P.), « Les clauses prohibant la cession de créances en droit français et en droit comparé », *RTD financier*, n° 3, 2009, p. 37 s.
- ROSCH (W.), « La cession de créance du prix de vente entraîne le transfert du lieu de paiement à l'établissement du cessionnaire », *D.* 2000, p. 437 s.
- RUPPERT (P.), « Modifications apportées au Code civil dans le Grand-Duché de Luxembourg », in *Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire*, Dalloz, 2004, p. 793 s.
- SAUVAT (Ch.), « Le retrait litigieux dans la jurisprudence actuelle », *RRJ* 2007, vol. 2, p. 671 s.
- SCHMIDT (D.) et GRAMLING (Ph.), « La loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises », *D.* 1981, chron. XXXI, p. 217 s.
- SERINET (Y.-M.), « Droit des contrats, Chronique », *JCP G*, 2017, n° 12, doct. 325.
- SIMLER (Ph.)
- « Après le contrat et la responsabilité civile, la pièce manquante d'une réforme globale du droit des obligations que constitue le régime général des obligations a été remise au garde des Sceaux », *JCP G*, n° 6, 4 février 2013, 134.
 - « Cession de créance, cession de dette, cession de contrat », *CCC*, mai 2016, n° 5, dossier 8.
 - « Cession de dette, cession de contrat », in *Le nouveau régime général des obligations*, dir. V. Forti et L. Andreu, Dalloz, 2016, p. 99 s.
- STOUFFLET (J.), « Propos sur la transmission des créances », *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 511 s.
- SYNVET (H.), « Opérations sur créances (art. 1251 à 1282) », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, dir. P. Catala, La documentation française, 2006.
- THERY (Ph.), « Transmission de la clause compromissoire : accessoires en cascade », *RTD civ.* 2008, p. 541 s.
- THOMASSIN (N.)
- « La propriété réservée, le prix de revente et le bordereau Dailly », *RLDC* 2011, n° 83.
 - « La date de naissance des créances contractuelles », *RTD com.* 2007, p. 655 s.
- TOLEDO (A.-M.), « La compensation conventionnelle, contribution plus particulièrement à la recherche de la nature juridique de la compensation conventionnelle *in futurum* », *RTD civ.* 2000, p. 265 s.
- TCHOTOURIAN (I.), « La cession à titre de garantie, entre cession et garantie fiduciaire : le « transfert de propriété » des créances n'est que « provisoire », *RJDA* 4 /06, p. 331 s.

VAN OMMESLAGHE (P.), « La transmission des obligations en droit positif belge », in *La transmission des obligations*, Travaux des IX^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit des Obligations, Bruylant, LGDJ, 1980, p. 81 s.

VASSEUR (M.)

- « Essai sur la présence d'une personne à un acte juridique accompli par d'autres », *RTD civ.* 1949, p. 12 s.

- « Un grave problème d'application de la loi Dailly », *D.* 1986, Chron., p. 73 s.

VEAUX (D.) et VEAUX-FOURNERIE (P.), « La représentation mutuelle des coobligés », *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec 1983, p. 547 s.

VIRASSAMY (G.), « Connaissance et l'opposabilité », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco-belges*, dir. M. Fontaine et J. Ghestin, LGDJ, 1992, p. 132 s.

WESTER-OUISSE (V.), « Le transfert de propriété solo consensu : principe ou exception ? », *RTD civ.* 2013, p. 299 s.

WICKER (G.), « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.* 2015, p. 1557.

WIEGAND (W.) et ZELLWEGE-GUTKNECHT (C.), « Cession », *Principes d'UNIDROIT, nouvelles évolutions et applications, supplément spécial 2005, Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI*, p. 34 s.

XIEGAND (W.) et ZELLWEGE-GUTKNECHT (C.), « Cession », *Principes d'Unidroit, nouvelles évolutions et applications, Supplément spécial 2005, Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI*, p. 40 s.

ZENATI-CASTAING (F.)

- « Choses fongibles », *RTD civ.* 1998, p. 137 s.

- « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 305 s.

La date de naissance des créances, Colloque du CEDAG du 25 mars 2004, *LPA* 9 nov. 2004.

B. COLOMBIE

ACERO, (L.-G.) « Algunos comentarios sobre providencias, notificaciones y recursos en el código general del proceso », *Código General del Proceso Ley 1564 de 2012*, <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/05luis-guillermo-acero.pdf>.

ACUÑA CARVAJAL (H.), « Enajenación de inmuebles en Colombia en el marco de la Ley 388 de 1997 », *ACE*, junio 2008, n° 7, p. 169 s.

BONILLA SANABRIA (F.-A.), « El nuevo régimen legal de las garantías mobiliarias », *Revist@ e-mercatoria*, n° 42, Sección de Actualidad jurídica 2014.

CAMACHO LÓPEZ (M.-E.)

- « Problemáticas jurídicas del contrato de factoring, asociadas a su construcción dogmática a partir de la figura de la cesión de créditos, con particular atención a la experiencia italiana », *Revist@ e-mercatoria*, Universidad Externado de Colombia, vol. 10, n° 1, enero-junio, 2011.

- « Algunas reflexiones en torno a la transferencia del crédito », *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, dir. E. Gonzalez De Cancino, E. Cortés Moncayo et F. Navia Arroyo, t. I, Universidad Externado de Colombia, 2014.

- « El contrato de forfaiting como estímulo a la exportación », *Revist@e-mercatoria*, Universidad Externado de Colombia, vol. 12, n°1, 2013.

- « La cesión de créditos en garantía, de acuerdo con la Ley 1676 de 2013 », *Revist@ e-mercatoria*, Universidad Externado de Colombia, vol. 13, n° 2, julio-diciembre 2014.

CASTILLO MAYORGA (F.-A.), « La cesión de crédito », in *Los contratos en el derecho privado*, dir. F. Mantilla y F. Ternera- Barrios, Bogotá, 1^o éd., Legis & Universidad del Rosario, 2007, p. 415 s.

CASTRO De CIFUENTES (M.)

- « Transmisión de las obligaciones », in *Derecho de las obligaciones*, M. Castro De Cifuentes (dir.), t. I, Ediciones Uniandes, Editorial Temis, 2010, p. 1 s.

- « La subrogación, pago por un tercero », in *Derecho de las obligaciones*, t. II, vol. 2, dir. M. Castro De Cifuentes (dir.), Ediciones Uniandes, Editorial Temis, 2010, p. 85 s.

- CASTRO DE CIFUENTES (M.) et ROMERO CRUZ (D.-O.), «La novación », in *Derecho de las obligaciones*, t. II, vol. 2, dir. M. Castro De Cifuentes (dir.), Ediciones Uniandes, Editorial Temis, 2010, p. 279 s.
- CUBIDES CAMACHO (J.), « Transmisión de las obligaciones » *Universitas*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de ciencias jurídicas y socio-económicas, nov. 1996, n° 71, p. 245 s.
- FABIO ESBORRAZ (D.), « El efecto obligacional: otra ‘diferencia específica’ de la noción de contrato del sistema jurídico latinoamericano », in *Obligaciones, Contratos, Responsabilidad*, Memoria, Grupo para la armonización del derecho privado latinoamericano, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 289 s.
- GÓMEZ LONDOÑO (J.-E.), « Intervención de terceros en el arbitraje nacional colombiano a la luz de las experiencias del arbitraje comercial internacional », *Revista de derecho privado*, Universidad de los Andes, facultad de derecho, n° 49, enero-junio 2013, p. 1 s.
- GONZÁLEZ GÓMEZ (E.), « Cesión de créditos », *Estudios de Derecho, Revistas*, Facultad de derecho y ciencias políticas de la Universidad de Antioquia, Vol. XIV, n° 41, Mayo 1953, I.
- HERRERA TAPIAS (B.) et ALFARO PATRON (D.), « El nuevo derecho de garantías en el derecho colombiano y en el derecho comparado », *Justicia Juris*, vol. 7, n° 1, enero-junio 2011, p. 93 s.
- HINESTROSA (F.)
- « El código civil de Bello en Colombia », *Revista de Derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, n° 9, 2005, p. 5 s.
 - « Eficacia e ineficacia del contrato », *Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, vol. 20, 1999, p. 143 s.
- LEGAROS ZEGERS (R.), « Objeciones a un fallo », *Revista Chilena de derecho*, vol. 22, n° 3, 1995.
- MANRIQUE NIETO (C.), « Contratos de garantía », *Estudios Socio-jurídicos*, 7 (1), enero-junio 2005.
- MANTILLA ESPINOSA (F.), « La influencia del Code civil y la doctrine francesa en el derecho colombiano de las obligaciones », in *De la Codificación a la descodificación, cuadernos de análisis jurídicos*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2005, p. 81 s.
- MARTINEZ CARDENAS (B.-M.) et F. TERNERA BARRIOS (F.), « De las garantías tradicionales a las garantías derivadas », *Revista Opinión jurídica*, Universidad de Medellín, vol. 10, n° 19, 2011, p. 181 s.
- NAMÉN VARGAS (W.), « El concepto de la relación obligatoria », in *Derecho de las obligaciones*, t. I, M. Castro De Cifuentes (dir.), Ediciones Uniandes, Editorial Temis, 2010, p. 26 s.
- RODRIGUEZ GONZALEZ (M.), « El derecho de garantías en Francia », in *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Christian Larroumet*, dir. Fabricio Mantilla Espinosa y Carlos Pizarro Wilson, Universidad Diego Portales, Fundación Fueyo y Universidad del Rosario, 2008, p.
- TERNERA BARRIOS (F.)
- « Realidad y personalidad de los derechos patrimoniales », in *Estudios de Derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*, Universidad Diego Portales, Fundación Fueyo et Universidad del Rosario, dir. F. Mantilla Espinosa et C. Pizarro Wilson, p. 507 s.
 - « Propiedad como garantía », in *Estudios sobre garantías reales y personales: libro en homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga*, t. I, Santiago de Chile, Jurídica, 2009.
- TERNERA-BARRIOS (F.) y MANTILLA-ESPINOSA (F.), « Posesión y retención: ¿Hechos, derechos o quimeras? », *Revista Chilena de derecho privado*, n° 15, diciembre 2010, p. 115 s.
- VALENCIA ZEA (A.), « Exposición de motivos », in *Proyecto de Código de derecho privado*, Superintendencia de Notariado y registro, Bogotá, 1980, p. 66 s.
- VILLAS ROSAS (G.), « La recepción de la *datio in solutum* en las codificaciones europeas y latinoamericanas », *Revista de derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, n° 20, enero-junio, 2011, p. 49 s.

C. AUTRES PAYS

- ARTETA FREIRE (J.-M.), « La ineficacia relativa del pacto de non cedendo y la acción de los subcontratistas en el concurso », *InDret Revista para el análisis del derecho*, n° 2, 2003.
- CORRAL TALCIANI (H.), « Propiedad y cosas incorporales. Comentarios a propósito de una reciente obra del profesor Alejandro Guzmán Brito », *Revista chilena de Derecho*, vol. 23, n° 1, 1996.
- DE LOS A. SOZA RIED (M.)
- « La cesión del « Derecho real » de herencia y de una cuota hereditaria », *Revista de derecho*, Valdivia, vol. 17, dic. 2004, p. 91 s.
 - « La naturaleza jurídica de la tradición: Acto o hecho jurídico? », *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, n° 2, Sección Estudios, 2003.
- DÍEZ-PICAZO (L.), « La tradición y los acuerdos traslativos en el derecho español », in *Anuario de Derecho civil*, vol. 52, n° 3, 1966, p. 555 s.
- DUTOIT (B.), « La cession de créance : acte causal ou abstrait ? Le Code civil suisse des obligations dans la perspective du droit comparé », in *Le centenaire du Code des obligations*, Fribourg, 1982.
- GAVIDIA SÁNCHEZ (J.-V.)
- « La formación del sistema francés codificado de cesión de créditos », in *Anuario de derecho civil*, vol. 43, n° 4, 1990, p. 1093 s.
 - « El sistema codificado francés de cesión de créditos », in *Anuario de derecho civil*, vol. 44, n° 2, 1991, p. 485 s.
- GUZMÁN BRITO (A.)
- « La estructura de la donación entre vivos y su emplazamiento sistemático en la jurisprudencia medieval y moderna y en la codificación », *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXV, 2004, p. 199 s.
 - « Los vocablos « transferir » y « transmitir » y sus derivados en el « Código civil de Chile » con especial referencia a la definición de título traslativo de dominio », *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII, Valparaíso, Chile, 2006, p. 95 s.
 - « Identidad de funciones o efectos provenientes de la negocialidad entre vivos y por causa de muerte », XXII, Valparaíso, Chile, 1^{er} semestre, 2009, p. 39 s.
- MONCAYO RODRÍGUEZ (S.), « La cesión de créditos litigiosos *ad potentiorum* Romana y su recepción en el Derecho civil mexicano », *Revista letras jurídicas*, n° 24, 2011, p. 10 s.
- NAVARRO BELTRÁN (E.), « Constitucionalización del derecho civil: la propiedad sobre bienes incorporales en la jurisprudencia », in *Sesquicentenario del código civil de Andrés Bello, pasado, presente y futuro de la codificación*, dir. M. D. Martinic G. et M. tapia, t. I, LexisNexis, 2005, p. 517 s.
- PANTALEÓN PRIETO (F.), « Cesión de créditos », in *Anuario de derecho civil, Ministerio de Justicia*, t. XLI, octubre-diciembre 1988, p. 1033 s.
- SELMAN NAHUM (A.), « Cesión de créditos contenidos en una factura y la notificación personal al deudor como requisito excluyente para su oponibilidad: un fallo inquietante (Corte suprema) », *Revista de derecho*, Valdivia, diciembre, 2012, vol. 25, n° 2, p. 289 et s.

IV. REPERTOIRES ET ENCYCLOPEDIES, DICTIONNAIRES, GRANDS ARRETS

A. FRANCE

- AUBERT (J.-L.), V° « Novation », *Rép. civ.*, 2011 (maj. juin 2017)
- BONHOMME (R.) et REILLE (F.), V° « Affacturage », *Rép. com.* mai 2006 (maj. mai 2009)
- CADIET (L.)
- « Vente. Transport des créances et d'autres droits incorporels. Cession de créances. Conditions », *J. Cl. civil*, art. 1689 à 1695, fasc. 20, 2004 (maj. 7 juin 2016)
 - « Transport de créances », *J. Cl. Notarial*, fasc. 30. 10 mars 2014.

- CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.) et CHENEDE (F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, 13^e éd., Dalloz, 2015.
- CORNU (G.), *Vocabulaire Juridique de l'Association Henri Capitant*, 11^e éd., PUF, coll. « Quadrige » 2016.
- DUMAS (J.-P.) et COHEN-BRANCHE (M.), V^o « Cession et nantissement de créances professionnelles », *Rép. com.*, 2006 (maj. Janvier 2015).
- HOUTCIEFF (D.), V^o « Renonciation », *Rép. civ.*, 2012 (maj. juin 2016)
- LEFORT (Ch.) et BOUDOUR (L.), V^o « Saisie-attribution », *Rép. proc. civ.*, fév. 2016 (maj. mai 2017)
- MARTIN (D.), « compensation », *J.-Cl. civ.*, fasc. 112-117, maj. 24 août 2010
- MARTIN (D.) et SYNVEY (H.), Cass. com. 4 jull. 1995, *D.* 1995, p. 488 s.
- PICOD (Y.), V^o « Obligations », *Rép. civ.*, janv. 2006 (maj avril 2016).
- PONSARD (A.) et BLONDEL (P.), V^o « Subrogation », *Rép. civ.*, 1976.
Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence Dalloz, V^o « Obligations », 1860.
- REY (Th.), Cass. civ. 1^e, 31 oct. 2007, *RTD civ.* 2008, p.126 s.
- ROLAND (H.), *Dictionnaire des expressions juridiques*, LexisNexis, 2015.
- ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Adages du droit français*, 3^e éd., Litec, 1992.
- SAVAUX (E.)
- V^o « Cession de droits litigieux », *Rép. civ.*, 2015.
 - V^o « Subrogation personnelle », *Rép. civ.*, 2008 (maj. juin 2017)
- SERLOTTE (P.), V^o « Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée », *Rép. Droit de sociétés*, janv. 2012.
- SCHUTZ (R.-N.), V^o « Inaliénabilité », *Rép. civ.*, 2014.
- STOUFFLET (J.), « cession et nantissement de créances par remise d'un bordereau, Loi Dailly du 2 janvier 1981 », *J.-Cl. Banque-Crédit-Bourse*, fasc. 570, 2012 (maj janvier. 2016)
- STRICKLER (Y.), « Transport des créances et autres droits incorporels », *J.-Cl. Civil art.* 1699 à 1701, 2011 (maj. juin 2017)

B. AUTRES PAYS

- FIGUEROA YÁNEZ (G.), *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas*, t. VIII, *Código civil y leyes complementarias*, 3^e éd., Editorial jurídica de Chile, 1997.
- PERLINGIERI, V^o « Cessione dei crediti », *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1988.

V. NOTES ET OBSERVATIONS

A. FRANCE

- AMMAR (D.), Cass. com., 8 fév.1994, *JCP E* 1995, II, 707, p. 148 s.
- ANSALONI (G.), Cass. civ., 1^{re}, 22 mars 2012, *D.* 2012, p. 1524.
- ANSAULT (J.-J.)
- Cass. com., 19 déc. 2006, *RLDC* 2007, n^o 35, p. 38 s.
 - Cass. com., 26 mai 2010, *RLDC* juill.-août 2010, p. 38 s.
- AUBERT (J.-L.), Cass. civ., 15 mai 1991, *Deffrénois*, 1992, n^o 14, art. 35212.
- AYNES (A.), Cass. com., 3 nov. 2015, *Dr. et. pat.*, mai 2016, n^o 258, p. 123 s.
- AYNES (L.), Cass. civ., 1^{re}, 20 mars 2001, *D.* 2001, p. 3110 s.
- BANDRAC (M.), Cass. com., 8 janv. 1991, *RTD civ.* 1991, p. 368 s.
- BARTHEZ (A.-S.)
- Cass. civ. 1^{re}, 4 mars 2003, *D.* 2003
 - Cass. com., 19 déc. 2006, *JCP G* 2007, I, p. 161 s.
 - Cass. com., 12 janv. 2010, *JCP G* 2010, n^o 18, p. 972 s.
- BERLIOZ (P.), Cass. com., 27 avril 2011, *RJC* 1 nov. 2011, n^o 6, p. 579.

- BERT (D.), Cass. com., 18 nov. 2014, *AJCA* 2015, p. 127 s.
- BÉNABENT, (A.), Cass. Ass. Plé., 22 avril 1974, *JCP G* 1974, II, 17876.
- BILLIAU (M.)
- Cass. com., 4 juin 1996, *D.* 1996. Jur. 630.
 - Cass. com., 21 nov. 2000, *Defrénois*, 2001, n° 10, p. 635 s.
 - Cass. civ. 2^e, 7 juill. 2011, *JCP G* 2011, n° 6, p.1030 s.
- BOITARD (M.), Cass. civ., 27 nov. 1944, *RTD civ.* 1945, 119.
- BONHOMME (R.), Cass. com., 19 déc. 2006, *Act. proc. coll.* 2007, n° 72.
- BONNEAU (Th.)
- Cass. com., 29 oct 2003, *Banque & droit*, mars-avril 2004, p. 60 s.
 - Cass. com., 4 mars 2008, *Banque & Droit*, 2008, n° 119, p. 21 s.
 - Cass. com., 1^{er} fév. 2011, *Banque & droit*, mai-juin 2011, n° 137, p. 28 s.
- BOUGEROL-PRUD'HOMME (L.), Cass. com., 2 juill. 2013, *D.* 2013. 2255.
- CABRILLAC (M.)
- Cass. com., 8 fév. 2000, *RTD com.* 2000, p. 425 s.
 - Cass. com., 14 mars 2000, *RTD com.* 2000, p. 996 s.
 - Cass. com., 27 juin 1995, *RTD com.* 1995. p. 824 s.
 - Cass. com., 16 mai 2000, *RTD com.* 2000, p. 993.
 - CA Versailles, 1^{er} mars 2001, *RTD com.* 2001, p. 960 s.
 - Cass. com., 29 octobre 2003, *RTD com.* 2004, p. 137 s.
- CABRILLAC (M.) et TEYSSIE (B.)
- CA Paris, 28 juin 1988, *RTD com.* 1989, p. 508 s.
 - CA Paris, 28 sept. 1990, *RTD com.* 1991, p. 80 s.
 - Cass. com., 23 oct. 1990, *RTD com.* 1990, p. 619 s
 - Cass. com., 8 janv. 1991, *RTD com.* 1991, p. 271 s.
 - CA Paris, 29 janv. 1991, *RTD com.* 1991, p. 423 s.
 - Cass. com., 24 mars 1992, *RTD com.* 1992, p. 654 s.
 - Cass. com., 9 fév. 1993, *RTD com.* 1993, p. 347 s.
 - Cass. com., 13 déc. 1994, *RTD com.* 1995, p. 457 s.
- CALENDINI (J.-M.), « *Le cessionnaire, le cédant et le réceptionnaire : à propos de l'application de la loi Dailly par l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 4 juillet 1995* », *RDB nov.- déc.* 1996, n° 3, p. 219 s.
- CAYOL (A.), Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 2014, *D. Act.* 17 juin 2014.
- CERLES (A.)
- Cass. com., 22 nov. 2005, *RDBF* 2006, comm. 16.
 - Cass. com., 26 mai 2010, *RDBF* 2010, comm. 176.
 - Cass. com., 18 nov. 2014, *RDBF* 2015, comm. 10.
- CHABAS (F.) Cass. civ. 3^e, 20 avril 1982, *RTD civ.* 1983, p. 338 s.
- CHAMPAUD, Cass. civ. 1^{re}, 31 oct. 1962, *D.* 1963. 363.
- CLAVIER (J.-P.), « Cession et compensation de créances connexes : comment concilier les intérêts du cédé et du cessionnaire ? Cass. civ. 3^e, 12 juill. 1995, *D.* 1997, p. 95 s.
- CREDOT (F.-J.) et JAMIN (Th.), Cass. civ. 1^{re}, 19 sept. 2007, *RDBF* 2007. Comm. 209.
- CREDOT (F.-J.) et GERARD (Y.)
- Cass. com., 2 juin 1992, *RDBB* 1992, n° 34, p. 234 s.
 - Cass. com., 8 fév. 2000, *RDBF mars 2000*, n° 2, p. 50 s.
 - Cass. com., 19 déc. 2000, *RDBF* 2001, n° 2, 76.
- CREDOT (F.-J.) et SAMIN (T.), Cass. com. 27 mai 2014, *RDBF* 2014, comm. 193.
- CROCQ (P.)
- Cass. com., 21 nov. 2000, *RTD civ.* 2001, p. 333 s.
 - Cass. com., 22 octobre 2002, *RTD civ.* 2003, p. 129 s.
 - Cass. com., 19 déc. 2006, *RTD civ.* 2007, p. 160 s.
 - Cass. com., 26 mai 2010, *RTD civ.* 2010. p. 597 s.
- DANNENBERGER (F.), CA Metz, 23 mars 2005, *JCP G* 2005, II, 10172.
- DELEBECQUE (Ph.)
- Cass. civ. 1^{re}, 9 déc. 1997, *Defrénois* 1998, p. 341 s.
 - Cass. com., 19 déc. 2006, *JCP G*, 2007, I, 158.

DELPECH (X.)

- Cass. com., 30 janv. 2001, *D.* 2001, p. 1238 s.
- Cass. com., 19 déc. 2006, *D.* 2007, p. 76 s.
- Cass. com., 10 janv. 2012, *D.* 2010, p. 266 s.
- Cass. com., 15 janvier 2013, *D. Act.* 29 janv. 2013.
- Cass. com., 31 janvier 2012, *D.* 2012, p. 498 s.
- Cass. com., 17 déc. 2013, *D. Act.*, Affaires, Banque-crédit, 10 janvier 2014

DUPICHOT (Ph.), Cass. com., 26 mai 2010, *Dr. et. patr.*, sept. 2010, n° 195, p. 94 s.

FAGES (B.)

- Cass. com., 12 janv. 2010, *RTD civ.* 2010, p. 106 s.
- Cass. civ. 1^{re}, 22 mars 2012, *RTD civ.* 2012, p. 315 s.

FENOUILLET (D.), Cass. com 8 janvier 1991, *Revue Jur. Com.* 1993, p. 190 s.

FORTI (V.), Cass. com. 28 juin 2016, *LPA* 31 mai 2017, n° 108, p. 7 s.

FRANÇOIS (J.)

- Cass. civ 1^{re}, 4 juin 2014, *JCP E* 2014, n° 41, p. 1502 s.
- Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 2014, *JCP G* 2014, p. 1582 s.

GAUTIER (P.-Y.)

Cass. civ. 3^e, 15 mai 1991 *RTD civ.* 1992, p. 406 s.

Cass. com., 4 juill. 1995, *RTD civ.* 1996, p. 192 s.

Cass. civ. 1^{re}, 12 juill. 2005, *RTD civ.* 2005, p. 793 s.

GOAZIOU (I.), Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 2001, *JCP G* 2002, II, 10124.

GRIMALDI (M.) Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 1994, *D.* 1995, Somm. p. 50.

HOUTCIEFF (D.), Cass. com., 19 déc. 2006, *RLDC*, mars 2007, n° 36, p. 29 s.

HUMANN (C.), Cass. com., 31 mars 1998, *LPA* 19 mai 1999, n° 99, p. 18 s.

JACOB (F.), Cass. com., 19 déc. 2006, *Banque & droit*, mars-avr. 2007, n° 112, p. 61 s.

LAITHIER (Y.-M.), Cass. com., 19 déc. 2006, *RDC* 2007, p. 273 s.

LARROUMET (Ch.)

- CA Paris, 11 fév. 1969, *D.* 1970, p. 522 s.

- Cass. com., 15 juin 1993, *D.* 1993, p. 495 s.

- Cass. com., 19 déc. 2006, *D.* 2007, Jur. 344.

LAURENT (J.), Cass. com., 12 janv. 2010, *LPA* 25 nov. 2010, n° 235, p. 7 s.

LEBORGNE (A.), Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 1994, *D.* 1995, p. 342 s.

LE GALLOU (C.) Cass. com., 12 janv. 2010, *RLDC* mars 2010, n° 69, p. 14.

LEGEAIS (D.)

- Cass. com., 24 mars 1992, *JCP E* 1992, II, 336.

- Cass. com., 4 juill. 1995, *JCP G* 1995, II, 22553

- Cass. com., 14 mars 2000, *RDBF* 2000, comm. 117.

- Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 2001, *RDBF* 2001, n° 6, 224.

- Cass. com., 22 nov. 2005, *RTD com.* 2006, p. 169 s.

- Cass. com., 19 déc. 2006, *JCP E* 2007, 1131.

- Cass. com., 5 fév. 2008, *RDBF* mars 2008, n° 2, comm. 37.

- Cass. com., 26 mai 2010, *RTD com.* 2010, p. 595 s.

- Cass. com., 3 nov. 2010, *RTD com.* 2011, p. 393 s.

LEVENEUR (L.), Cass. com., 12 janv. 2010, *CCC*, avril 2010, n° 4, comm. 87.

LIBCHABER (R.)

- « Inventaire des tiers subissant l'opposabilité de la cession de créance », Cass.civ. 1^e, 4 juin 2014, *RDC* 2014, n° 4, p. 618 s.

- Cass. civ., 20 déc. 2001, *Defrénois* 2001, 37365.

- Cass. civ.1^{re}, 15 févr. 2005, *Defrénois* 2005, art. 38207.

- Cass. Com., 31 janvier 2012, *RDC 2012*, p. 838 s.

LIENHARD (A.)

- Cass. com., 7 avr. 2009, *D. AJ.* 2009. 1204.

- Cass. com., 26 mai 2010, *D.* 2010, p. 1340 s.

LOISEAU (G.), Cass. com., 9 mai 1995, *D.* 1996. p. 322.

LOYNES (M.), Req., 22 février 1852, *DP* 54. 5. 597.

LOQUIN (E.), Cass. civ., 20 déc. 2001, *RTD com.* 2002, p. 279 s.

- MARKHOFF (P.), Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 2007, *JCP E* 2007, 2580.
- MARTIN-SERF (A.)
- Cass. com., 3 juin 1999, *RTD com.* 1999, 202.
 - Cass. com., 7 déc. 2004, *RTD com.* 2005, p. 415 s.
 - Cass. com., 20 oct. 2009, *RTD com.* 2010, p. 422 s.
- MARTY (R.), « Indivisibilité versus proportionnalité en matière de cession de créance à titre de garantie », note sous *JCP E*, n° 9, 26 fév. 2015.
- MATTOUT (J.-P.) et PRÜM (A.), Cass. com., 19 déc. 2006, *Dr. et pat.*, nov. 2007, n° 164, p. 73 s.
- MECARELLI (G.), Cass. civ. 1^{re}, 10 janvier 2006, *LPA*, 31 octobre 2006, p. 5 s.
- MESTRE (J.),
- Cass. civ. 3^e, 26 fév. 1985, *RTD civ.* 1986, p. 349 s.
 - Cass. civ. 1^{re}, 27 nov. 1985, *RTD civ.* 1986, p. 752.
 - Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 1985, *RTD civ.* 1986, p. 750 s.
 - Cass. com., 29 janvier 1991, *RTD civ.* 1991, p. 531 s.
- MOUSSERON (P.), Cass. com., 9 oct. 2012, *JCP E*, 2012, n° 44, 1654.
- PAISSANT (G.), Cass. civ. 3^e, 15 mai 1991, *D.* 1992, Somm. p. 195 s.
- PATARIN (J.), Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 1994, *RTD civ.* 1995, p. 666 s.
- PELISSIER (A.), Cass. civ. 1^{re}, 12 nov. 2015, inédit ; *RGDA* janv. 2016, n° 112, p. 20.
- PEROCHON (F.), Cass. com., 20 oct. 2009, *Rev. proc. coll.* n° 2, comm. 63.
- PÉTEL (Ph.), Cass. com. 28 sept. 2004, *JCP* 2005, I, 107.
- PETIT, Cass. civ. 3^e, 26 fév. 1985, *JCP* 1986, II, 20607.
- PRADEL (X.), Cass. civ., 20 déc. 2001, *D.* 2003, Chron. p. 569 s.
- PRIGENT (S.), Cass. com., 19 déc. 2006, *LPA* 27 fév. 2007, n° 42, p. 10 s.
- PRUD'HOMME (L.) et ORENGO (J.), Cass. com., 18 sept. 2007 et Cass. com., 19 sept. 2007, *RLDC* 2008, n° 45.
- RADOUANT, Cass. civ., 4 mars 1931, *D.* 1933, 1, 73.
- RIASSETTO (I.), Cass. com., 7 avr. 2009, *Banque et droit*, juill.-août 2009, p. 49 s.
- RIVES-LANGE (J.-L.)
- T. com. Lyon, 19 juin 1991, *Banque* 1992, 100.
 - Cass. com., 24 mars 1992, *Banque* 1993, 87.
 - CA Aix -en-Provence, 9 nov. 1998, *Banque* 1989, p. 340 s.
- RODRIGUEZ (K.), Cass. com., 21 septembre 2010, *JCP E* 2010, 2099.
- ROMAN (B.), « La connaissance d'une cession de créance par la caution : une jurisprudence cohérente mais encore énigmatique », Cass. civ. 1^e, 4 mars 2003, *Deffrénois*, 2003, n° 18, p. 1151.
- ROUTIER (R.), Cass. com., 13 fév. 1996, *JCP G* 1996 II, 22725.
- SAVAUX (E.)
- Cass. com., 22 nov. 2005, *Deffrénois* 2006, art. 38365.
 - Cass. civ. 1^{re}, 10 janvier 2006, *Deffrénois* 2006, p. 597 s.
 - Cass. com. 19 déc. 2006, *Deffrénois* 2007, p. 448 s.
- SERINET (Y.-M.)
- Cass. civ. 3^e, 18 oct. 2005, *RDC* 2006, n° 2, p. 470.
 - Cass. com., 19 juin 2012, *JCP G*, 19 nov. 2012, n° 47.
- SORTAIS (J.-P.), Cass. com., 1^{er} déc. 1992, *D.* 1993, p. 513 s.
- STOUFFLET (J.), Cass. com., 13 octobre 1992, *JCP E* 1993, n° 6, p. 395 s.
- TAILLENS-DESSALLE (M.), Cass. com., 4 juin 1996, *JCP* 1996, II, 22744.
- THERY (Ph.), Cass. com., 12 juillet 2011, *RTD civ.* 2012, p. 369 s.
- TCHOTOURIAN (I.), Cass. com., 17 mars 2004, *LPA* 2004, n° 252, p. 18 s.
- VASSEUR (M.)
- CA Paris, 28 juin 1988, *D.* 1989, Somm. 185 s.
 - CA Chambéry, 22 mai 1989, *D.* 1990, Somm. p. 232 s.
 - CA Paris, 29 juin 1989, *D.* 1991, Somm. 34.
- VERGES, Cass. com., 19 déc. 2000, *JCP G*, 2002, 10013.
- VINEY (G.), Cass. civ. 1^{re}, 24 oct. 2006, *RDC* 2007, 291.
- VIRASSAMY (G.), Cass. com., 13 déc. 1994, *JCP E* 1995, II, n° 733.

- WEILL (A.), Cass. civ., 20 juin 1938, *D.* 1939, 1, p. 26 s.
WIEDERKEHR (G.), Cass. civ., 1^{re}, 28 fév. 1995, *Justices* 1996, p. 376 s.
ZENATI (F.)
- Cour EDH, 9 déc. 1994, Raffineries grecques Stranet Stratis andreadis c/ Grèce, n° 22/1993/417/496, *RTD civ.* 1995, p. 652 s.
- Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 1994, *RTD civ.* 1995, p. 919 s.

VI. ARRETS, DECISIONS JURISPRUDENTIELLES ET CONSULTATIONS

A. FRANCE

COUR D'APPEL/TRIBUNAUX

- CA Rouen, 15 juin 1847, *S.* 1849. 2. 26 ; *DP* 1849. 2. 241
CA Rouen, 14 juin 1847, *DP.* 49. 2. 241
CA Reims, 11 avril 1984, *Juris-Data* 1984-000645
CA Nîmes, 23 mai 1991, *JCP G*, IV, n° 48, 102978
CA Paris 3^e Chambre A, 17 nov. 1992, *Juris - Data* n° 1992-603799
CA Paris, 23 fév. 2000, *D.* 2000
CA Paris, 10 sep. 2001, *D.* 2001, 2974
CA Paris, 15^e ch. B, 30 juin 2005, *Juris-Data* n° 279834
CA Toulouse, 31 mai 2007, n° 06/ 02987, *Ch. 02, Sec. 01*
CA Amiens, 1^{re} ch. 1, 6 sept. 2012, *RG* n° 10/04924
Tribunal adm. Strasbourg 3^e ch. 28 septembre 1993, *RJDA*, 1994, n° 318, p. 261.

COUR DE CASSATION

- Cass. civ., 29 févr. 1832, *S.* 1832.1.364
Req., 17 mars 1840, *S.* 1840, 1, 97
Cass. civ., 15 mai 1944, *DA*, 1944, 86
Req., 17 août 1844, *DP* 1845, 4, 508 ; *S.* 1849, 1, 48
Cass. civ., 4 février 1846, *DP.* 1847, I. 49
Req., 11 juin 1846, *DP* 46. 1. 252
Cass. civ., 2 août 1847, *DP* 1847. 1. 315 ; *S.* 1847.1. 705
Req., 11 févr. 1851, *DP* 1851. 1. 242
Cass. civ., 6 juin 1853, *DP* 1853, 1, p. 191, *S.* 1853
Cass. civ., 19 avr. 1854, *DP* 1854. 1. 145
Cass. civ., 1^e déc. 1856, *DP* 1856, 1, 439
Cass. civ., 26 janv. 1863, *DP* 1863. I. 47
Cass. civ., 9 déc. 1863, *DP*, 1864, 1, 299
Cass. civ., 9 mars 1864, *DP* 1864, 1, p. 190
Req., 28 mai 1873, *DP* 1873 1. 407
Req., 17 fév. 1874, *D.* 1874, 1. 281
Req., 5 janvier 1875, *DP* 1876, 1, p. 15
Req., 27 janv. 1875, *S.* 1876, 1, 12
Req., 30 juin 1880, *DP* 1881. I. 52
Cass. civ., 1^{er} mai 1889, *DP*, 1890, 1, p. 264
Req., 17 mars 1891, *S.* 1895, 1, 444
Cass. civ., 30 oct. 1895, *Gaz. Pal.* 1895, 1, p. 570
Cass. civ., 15 mai 1944, *DA*, 1944, 86
Cass. civ., 27 nov. 1944, *D.* 1945, 78
Cass. com., 18 déc. 1951, *Bull. civ.* II, n° 403

Cass. com., 15 juill. 1952, D. 1952, jurisp. p. 704
 Cass. civ. 1^{re}, 18 nov. 1968, D. 1969. 112
 Cass. civ. 3^e, 15 janv. 1975, n° 73-13331, *Bull. civ.* III, n° 16
 Cass. civ. 3^e, 12 juin 1985, n° 83-17134, *Bull. civ.* III, n° 95
 Cass. civ., 31 janv. 1989, *Bull. civ.* I, n° 52
 Cass. com., 19 mai 1992, n° 90-15342, *Bull. civ.* IV, 190
 Cass. com., 19 mai 1992, n° 90-16155, *Bull. civ.* IV, n° 189
 Cass. com., 15 juin 1993, n° 91- 19677, *Bull. civ.* IV, n° 337
 Cass. civ. 3^e, 14 déc. 1994, n° 92- 19351, *Bull. civ.* III, n° 212 ; *JCP* 1995, IV, 388.
 Cass. civ. 3^e, 4 janvier 1995, *Bull. civ.*, III, n° 8
 Cass. com., 30 mai 1995, n° 93-13170, *Bull. civ.* IV, n° 157
 Cass. com., 9 fév. 1999, n° 95-18664, inédit
 Cass. com., 29 fév. 2000, n° 95-17400, *Bull. civ.* IV, n° 41
 Cass. com., 18 avril 2000, n° 96-19.842, inédit
 Cass. com., 29 mai 2001, n° 98-17469, *Bull. civ.* IV, n° 107
 Cass. com., 3 déc. 2002, n° 00-14704, inédit
 Cass. com., 27 mars 2007, n° 05-20.696, *Bull. civ.* IV, n° 99
 Cass. com., 18 sep. 2007, n° 06-16617, inédit
 Cass. civ. 1^{re}, 19 sept. 2007, n° 06-11814, *Bull. civ.* I, n° 276, D. 2007, AJ 2469.
 Cass. com. 16 oct. 2007, n° 06-14675, *Bull. civ.* IV, n° 217
 Cass. civ. 2^e, 8 nov. 2007, n° 06-14448, *Bull. civ.* II, n° 249
 Cass. civ. 1^{re}, 28 mai 2008, n° 07-13.437, *Bull. civ.* I, n° 160
 Cass. civ. 3^e, 3 fév. 2010, n° 08-19420, *Bull. civ.* III, n° 26
 Cass. com., 22 mars 2011, n° 09-17118, inédit
 Cass. civ. 3^e, 17 avril 2013, n° 11-10.710, inédit, *AJDI* 2013, 685
 Cass. civ. 2^e, 17 oct. 2013, n° 12-15967, inédit
 Cass. com., 18 nov. 2014, n° 13-13336, *Juris - Data* n° 2014-027962

B. COLOMBIE

COUR SUPRÊME DE JUSTICE

Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de casación civil, 15 juin 1892, M.R.: Lucio A. Pombo, *Gaceta Judicial* VII
 Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de casación civil, 23 octobre 1915, M. R.: German Dario Pardo, *Gaceta Judicial* XXV, p. 175 s.
 Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de casación civil, 11 juillet 1921, M.R.: José M. Arango, *Gaceta Judicial* XXIX, p. 4 s.
 Corte suprema de justicia colombiana, 15 décembre 1936, M.R.: Eduardo Zuleta Angel
 Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de casación civil, 25 novembre 1938, M.R.: Juan Francisco Mujica, *Gaceta Judicial* XLVII.
 Corte suprema de justicia colombiana, Sala de casación civil, 31 mai 1940, M.R.: Liborio Escallón, *GJ. L*, p. 496 s.
 Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de casación civil, 26 juin 1940, *GJ* 1957, p. 752 s.
 Corte Suprema de justicia colombiana, Sala de casación civil, 5 mai 1941, M.R.: F. Lequerica Vélez, *GJ* t. LI.
 Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de casación civil, 7 mai 1941, M.R.: Hernán Salamanca, *Gaceta Judicial* LI.
 Corte Suprema de justicia colombiana, sala de casación civil, 31 juillet 1941, M.R.: Isaías Cepeda, *Gaceta Judicial* LII, p. 1 s.
 Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de casación civil, 26 septembre 1941, M.R.: Liborio Escallón, *GJ* LII. p. 403 s.

Corte Suprema de Justicia colombiana, Sentencia de unificación, 26 mars 1942, M.R: Arturo Tapias Pilonetta, Gaceta Judicial LIII, p.544 s.

Corte Suprema de Justicia colombiana, sala de casación civil, 24 mars 1943, M. R: Fulgencio Lequerica Vélez, Gaceta Judicial LIX.

Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de casación civil, 12 septembre 1950, M. R.: Pedro Castillo Pineda, GJ LXVIII, p. 53 s.

Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de casación civil, 3 novembre 1954, M.R. Manuel Herrera Parra, Gaceta Judicial LXXXIX, p. 9 s.

Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de casación civil, 24 février 1975, M.R.: José M. Esguerra Samper, Gaceta Judicial CLI, p. 45 s.

Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de casación civil, 28 février 1992, M.P.: Hector Marin Naranjo, Jurisprudencia Leyer, p.19

Corte suprema de justicia colombiana, Sala de casación civil, 23 novembre 1993, Réf. 3961, M.R.: Pedro Lafont Pianetta

Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de casación civil, 19 octobre 1994, Ref. 3972, M. R.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss

Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de casación civil y agraria, 6 mai 1998, Réf. 5095, M. R.: Pedro Lafont Pianetta

Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de casación civil y agraria, 29 septembre 1998, Réf. 5169, M.R: Pedro Lafont Pianetta

Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de casación civil y agraria, 9 juin 1999, Réf. 5265, M. R.: Pedro Lafont Pianetta

Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de casación civil, 23 avril 2003, Réf. 7651, M. R.: Silvio Fernando Trejos Bueno

Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de Casación civil, 12 août 2003, Exp. 7304, M. R.: Carlos Ignacio Jaramillo

Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de casación civil, 19 décembre 2006, Réf. 1999-00168-01, M.R.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

Corte suprema de justicia colombiana, Sala de casación civil, 18 août 2009, M.R.: Pedro Lafont Pianetta

Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de casación laboral, 18 novembre 2009, Réf. 21754, M.R.: Francisco Javier Ricaurte.

Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de casación civil, 9 février 2011, Réf. 11001-3103-013-2001-00900-01, M. R.: Edgardo Villamil Portilla.

Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de casación civil, 20 juin 2011, Ref. 05001-3103-005-2000-00177-01, M.R.: Ruth Marina Diaz Rueda

Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de casación civil, 1^{er} décembre 2011, Sentence 428 de 2011, Réf.: 11001-3103-035-2004-00428-01, M. R.: Ruth Marina Diaz

Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de Casación civil, 23 octobre 2015, Réf. 14658 M.R.: Fernando Giraldo.

CONSEIL D'ÉTAT

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sec. 3^e, 22 juillet 1998, Réf. 5753, M.R.: José Fernando Ramirez Gomez.

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, S. 3^a, 13 mai 2004, Réf. 50422 23 31 000 1994 0467 01 15321, M. R.: Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sec. 4^a, 25 septembre 2006, M.R.: Ligia Lopez Diaz

Consejo de Estado colombiano, Sala de lo contencioso administrativo, S. 4^a, 26 octobre 2006, Réf.: n° 25000-23-27-000-2001-90932-01(15307), M. R. : Maria Inés Ortiz Barbosa.

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Seccion 3^a, 7 février 2007, réf.:25000-23-26-000-1999-00330-01 M. R. : Alier Eduardo Hernandez

Consejo de Estado colombiano, Sala de lo contencioso administrativo, S. 3^a, 6 août 2009, M. R.: Mauricio Fajardo Gómez.

COUR CONSTITUTIONNELLE

Corte constitucional colombiana, Sentence C-624, 4 novembre 1998, Jurisprudencia y Doctrina, n° 325, janvier 1999
Corte constitucional colombiana, Sentence C-1045 de 2000, 10 août 2000, M.R. : Alvaro Tafur Galvis
Corte constitucional colombiana, Sentence C-174-01, 14 février 2001, M.R.: Alvaro Tafur Galvis
Corte constitucional Colombiana, Sentence C- 1260 de 2001, Ref.: D- 3569, M.R.: Rodrigo Uprimny Yepes
Corte consitutional Colombiana, Sentence C-189, 15 mars 2006, Réf.: D-5948, M.R.: Rodrigo Escobar Gil
Corte constitucional colombiana, Sentence C-133 de 2009, Ref. D-7385, M. R.: Jaime Araujo Rentería
Corte constitucional colombiana, Sentence T-148, 5 mars 2010, M. R.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
Corte Constitucional colombiana, Sentence T-964, 24 novembre 2010, M.R.: Juan Carlos Henao Pérez
Corte constitucional colombiana, Sentence T- 302/2011, 28 avril 2011, M.R.: Juan Carlos Henao.
Corte constitucional colombiana, Sentence C-785, 22 octobre 2014, Exp. D-10149, M.R.: Jorge Ivan Palacios

SENTENCES ARBITRALES

Sentence Arbitrale Inversiones Petroleras S.A., Inverpetrol vs. Repsol Exploración S.A, 21 septembre 1994. Arbitres: Antonio de Irisari Restrepo, Carlos Holguín Holguín et Fernando Medina Arroyo.
Sentence arbitrale Ronderos Torres & Cía. SCA vs. Fiduciaria Tequendama S.A., 6 septembre 2001, Arbitres: Marco Gerardo Monroy Cabra, Maria. P. Silva Arango et Rafael Gómez-Rodriguez
Tribunal de Arbitramento, Cámara de comercio de Bogotá, Centro de arbitraje y conciliación, Banco de Bogotá vs Seguexpo de Colombia, 11 octobre 2005
Tribunal superior del Distrito judicial de Guadaluajara de Buga, Sala de decisión civil familia, 2 novembre 2006, M. R. Luz Angela Rueda Acevedo
Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de decisión, 12 novembre 2014, Ref. 05001333300720130015101, M.R.: Rafael Dario Restrepo

CONSULTATIONS

Superintendencia Financiera de Colombia, Concepto n° 96044376-3, 4 septembre 1997.
Consejo técnico de la contaduría pública, Concepto n° 115, 25 juillet 2007.

VII. DIVERS

- « Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *JORF* n°0035 du 11 février 2016, texte n° 25.
- PERINET-MARQUET (H.) (dir.), *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, LexisNexis, 2009.
- Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, 2010.
- Convention des Nations Unies sur la cession des créances dans le commerce international, 2004

- Convention d'Unidroit sur l'affacturage international (Ottawa, 28 mai 1988)
- Guide législatif de la Cnudci sur les opérations garanties, Terminologie et recommandations, 2010
- Unidroit 2001, Study L-Misc. 23, Summary records of meeting held in Rome from 4 to 5 June 2001
- Règles uniformes de la Chambre de commerce Internationale relatives aux garanties sur demande (RUGD)
- <http://www.unidroit.org/english/documents/2001/study50/s-50-misc23-e.pdf>
- <http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-suretes.pdf>

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE	15
PARTIE I L'IDENTIFICATION DE LA DOUBLE NATURE JURIDIQUE DE LA CESSIION DE CRÉANCE	35
TITRE I LA CESSIION DE CRÉANCE : MODIFICATION SUBJECTIVE ET UNILATÉRALE D'UN LIEN JURIDIQUE	39
CHAPITRE I L'ANALYSE DE LA CESSIION EN UN ACTE TRANSLATIF D'OBLIGATION	41
Section I- La présentation de l'analyse	42
§ 1- Le caractère doctrinal de l'analyse	42
A- La doctrine généraliste	42
B- La doctrine spécialisée	47
§2 –Le fondement historique de l'analyse	49
Section II- Les raisons de cette analyse	53
§1- La difficulté de distinguer la créance de l'obligation	53
A- L'appréhension de la créance comme une simple représentation de l'obligation	54
B - L'absence de définition de l'obligation dans les droits français et colombien	57
§2- Le caractère équivoque de l'expression « transfert d'obligation »	58
A- Le transfert d'obligation, transfert du contenu de l'obligation	58
B- Le transfert d'obligation, substitution d'un des sujets dans le rapport d'obligation	59
§3- L'influence du principe de la transmission universelle des obligations à cause de mort	61
CHAPITRE II LA REMISE EN CAUSE DE L'ANALYSE DE LA CESSIION EN UN ACTE TRANSLATIF D'OBLIGATION	67
Section I- La critique de la thèse de la transmissibilité de l'obligation par acte entre vifs	67
§1- La distinction entre créance et obligation	67
A- L'analyse écartée	68
B- L'analyse retenue	70
§2- La critique de l'expression « transfert d'obligation »	75
§ 3 – Les doutes sur le rapprochement entre la cession de créance et la transmission universelle des créances	76
Section II- Pour l'analyse de la cession de créance en un changement non novatoire de l'obligation	80
§1- La nécessaire prise en considération du changement de créancier opéré par la cession de créance	81
A- Les signes en droits français et colombien	81
B- L'exemple de certains droits étrangers	85
C- Les manifestations en droit européen des contrats et en droit international	86
§2-Le maintien de l'obligation en dépit du changement de créancier	91
A- La substitution de l'obligation dans la novation par changement de créancier	92
1- La corrélation entre une extinction et une création d'obligation	92

2-	La nécessité du consentement du débiteur et de la volonté de nover	95
B-	La non substitution de l'obligation dans la cession de créance	97
1-	La survie de la cause, fondement du maintien de l'obligation	98
2-	Le caractère non nécessaire du consentement du débiteur, conséquence du maintien de l'obligation	103
TITRE II LA CESSION DE CRÉANCE : TRANSFERT CONVENTIONNEL ET POLYVALENT D'UN BIEN INCORPOREL		115
CHAPITRE I L'IRREDUCTIBILITE DE LA CESSION DE CREANCE A UN ACTE		117
TRANSLATIF DETERMINE		117
Section I- La tentative d'assimilation de la cession de créance à un acte translatif déterminé		117
§1- L'assimilation de la cession de créance à un contrat de vente		122
A-	Le rôle fondamental du Code Napoléon	122
B-	Les justifications possibles	126
1-	Raisons d'ordre historique	126
2-	Raisons d'opportunité	129
§2- L'assimilation de la cession de créance à un acte exclusivement de disposition		131
A-	Une assimilation expresse en droit colombien	131
1-	L'identification de la cession de créance à un acte de tradition	131
2-	La cession de créance en tant qu'espèce de tradition	134
3-	L'identification de la cession à un acte réel et abstrait de disposition	136
B-	Les signes de l'assimilation en droit français	139
Section II- L'échec de la tentative d'assimilation de la cession de créance à un acte translatif déterminé		142
§1- L'identification impossible à un contrat de vente		142
A-	L'obstacle apparent	142
1-	Le rejet de la propriété des créances	143
2-	Le dépassement de l'obstacle	145
B-	Les obstacles réels	150
C-	Le caractère non déterminant des justifications de l'assimilation	152
§2- L'identification difficile à un acte exclusivement de disposition		155
A-	La cession de créance en tant que titre d'acquisition en droit français	156
B-	La cession de créance en tant que titre d'acquisition en droit colombien	160
1-	Les arguments de texte	160
2-	Les arguments d'ordre pratique	166
CHAPITRE II L'ORIGINALITE DE LA CESSION DE CREANCE EN TANT QUE CONTRAT GENERIQUE DE DISPOSITION		173
Section I- La cession, un accord de volontés ayant pour objet le transfert d'une créance		173
§1- La cession, acte de transfert entre vifs		174
A-	Les doutes en droit français	174
B-	La levée des doutes	176

§2- La cession, acte de transfert volontaire	181
A- La volonté, critère de distinction de la cession de créance	185
B- La volonté, critère d'identification de la cession de créance	194
Section II. La cession, un acte à cause variable	205
§1- Présentation de la théorie	206
A- Signification	207
B- Justification	211
1- La déformation de la nature juridique de la cession de créance par nos législations modernes	211
a) De l'origine de la cession de créance en tant que mode de transfert en droit romain	211
b) Vers la consécration de la cession de créance en tant que titre de transfert.....	214
2- La nature causaliste du système d'acquisition des biens en droits français et colombien	216
§2- Portée de la théorie	217
PARTIE II LA PORTÉE DE LA DOUBLE NATURE JURIDIQUE DE LA CESSION DE CRÉANCE	229
TITRE I A L'ÉGARD DU DÉBITEUR DE LA CRÉANCE CÉDÉE	231
CHAPITRE I LE DEBITEUR, SUJET PASSIF DE LA MODIFICATION DE L'OBLIGATION	233
Section I- La perception du débiteur à travers le prisme de l'acte translatif	233
§1- Les qualifications proposées	233
A- Le débiteur, tiers à la cession de créance	234
B- Le débiteur, partie à la cession de créance	238
C- Le débiteur, objet de la cession de créance	242
§2- Les enjeux pratiques	244
A- L'enjeu majeur en droit français : la détermination du moment de production des effets à l'égard du débiteur	244
1- La cession de créance de droit commun.....	245
a) Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016	246
b) Après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016	253
2- La cession Dailly	254
B- Les enjeux relatifs à l'immixtion du débiteur dans le contrat de cession	258
C- Les enjeux relatifs à la protection du débiteur	259
Section II- Pour l'abandon de la perception du débiteur à travers le prisme de l'acte translatif	264
§1- Des qualifications ambigus	264
§2- Une perception occultant l'état d'assujettissement du débiteur	270
A- L'impossibilité pour le débiteur d'empêcher la réalisation de la cession de créance en droit français avant l'ordonnance du 10 février 2016	271
B- L'impossibilité pour le débiteur d'empêcher la réalisation de la cession de créance en droit colombien	275

C- L'éventuel bouleversement en droit français après l'ordonnance du 10 février 2016	277
§3- Des indices de résistance en droit positif	279
A - En droit français	279
B-En droit colombien	282
CHAPITRE II LE DEBITEUR, BENEFICIAIRE D'UNE PROTECTION SPECIALE	289
Section I- La nécessité d'une protection	290
§1- Les risques relatifs à la prestation due	291
A- Le risque de perte de certaines exceptions au préjudice du débiteur	291
B- Le risque de modification des conditions d'exécution de la prestation due	298
1- Réalisation d'un paiement non libératoire	298
2- Risque de paiement de frais supplémentaires.....	303
3- Risque de poursuites multiples et de décisions contradictoires, le cas d'une cession partielle de créance	304
4- Risques processuels, le cas d'une cession de créance litigieuse	306
§2- Les risques étrangers à la prestation due	308
A- La création d'une obligation d'information	308
B- La création d'une charge de renseignement	310
Section II- La mise en œuvre de la protection	311
§1- Les mesures préventives	311
A- Les restrictions légales, un champ d'application restreint	312
1- Incapacité spéciale de devenir cessionnaire d'une créance litigieuse	313
2- Interdiction spéciale de devenir cessionnaire d'une créance hypothécaire pour l'acquisition d'un logement, le cas colombien	317
B- Les restrictions conventionnelles, une efficacité relative	318
1- Pour une reconnaissance de la nature juridique particulière des clauses restrictives de la cessibilité des créances	319
a) Les analyses écartées	319
b) L'analyse retenue	324
2- Pour un régime particulier des clauses restrictives de cessibilité	325
a) Le principe de validité des clauses.....	325
b) Pour une sanction de la violation des clauses par l'inopposabilité	329
i) Les avantages de l'inopposabilité.....	329
ii) L'inopposabilité conditionnée à la mauvaise foi du cessionnaire	334
§2- Les mesures palliatives	338
A- L'établissement d'un lien entre le cessionnaire et le débiteur	338
1- Signification.....	338
2- La mise en œuvre	341
a) La notification	343
b) L'acceptation de la cession par le débiteur en droit colombien	351

c)	La prise d'acte de la cession par le débiteur en droit français.....	354
3-	Considérations d'ordre pratique.....	359
a)	Détermination du moment à partir duquel le débiteur est tenu de payer le cessionnaire 359	
b)	Détermination du moment à partir duquel le débiteur s'expose à la perte de certaines exceptions.....	362
c)	Détermination du moment à partir duquel le débiteur peut bénéficier de nouveaux moyens de défense contre le cessionnaire	363
B-	Le principe de non-aggravation de la situation du débiteur	364
1-	La portée du principe.....	364
a)	Le maintien du contenu de la créance.....	365
b)	L'opposabilité des exceptions	367
i)	Signification.....	367
ii)	Mise en œuvre.....	373
α	Analyses rejetées	373
β	Analyse retenue.....	382
c)	Le maintien des conditions d'exécution de la prestation.....	391
i)	Signification.....	392
ii)	Mise en œuvre.....	392
α	Remboursement des frais	392
β	Moyens processuels de protection.....	394
✓	Dans le cadre d'une cession partielle.....	395
✓	Dans le cadre d'une cession de créance litigieuse	397
d)	Refus de la création d'obligations et de charges supplémentaires contre le débiteur	406
2-	Les tempéraments au principe	409
a)	L'inopposabilité de certaines exceptions liées à la personne du créancier originaire .	409
b)	La perte de certaines exceptions en raison de l'acceptation ou de la prise d'acte de la cession sans réserve	412
i)	Le droit commun.....	412
ii)	Le droit spécial : la cession Dailly.....	420
c)	La renonciation du débiteur à l'opposabilité des exceptions	425
TITRE II A L'ÉGARD DES PARTIES ET DES TIERS		437
CHAPITRE I LA CESSION INTER PARTES		439
Section I- La promotion de la cession		439
§ 1- En raison de conditions de fond		440
A-	La cessibilité des créances non monétaires	440
1-	Les doutes	440

2-	La levée des doutes.....	441
B-	La cessibilité des créances incertaines	445
1-	La cessibilité d'une créance issue d'un acte existant ou inexistant au moment de la cession.....	447
2-	La nécessité de détermination ou déterminabilité des créances.....	455
C-	Les cessibilités totale, partielle et globale des créances	458
§2-	En raison de conditions de forme	462
A-	Du principe du consensualisme	463
1-	En droit français avant la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016	463
2-	En droit positif colombien	464
B-	Vers un formalisme de substitution	465
1-	L'extension d'un formalisme de substitution en droit français	465
a)	Le droit commun après la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016	465
b)	Le droit spécial.....	469
2-	L'ébauche d'un formalisme de substitution en droit colombien.....	470
Section II-	L'encadrement des effets de la cession	473
§1-	Le transfert de la créance et ses particularités	474
A-	Le caractère solennel du transfert, indépendamment du moment de son accomplissement	474
a)	Le droit français après la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016	476
b)	Le droit colombien	478
B-	Le caractère étendu du transfert	485
C-	Le caractère flexible du transfert	501
§2-	La garantie due par le cédant et ses limites	503
A-	Le domaine de la garantie : une cession à titre onéreux moyennant un prix	504
B-	La portée de la garantie : l'existence de la créance et de ses accessoires	507
§3-	La diversité des autres effets de la cession	515
A-	Des effets communs à toute cession	516
1-	Le devoir de coopération du cédant	516
2-	L'obligation de délivrance du cédant	518
B-	Quelques effets propres à la cession aux fins de garantie	520
1-	Obligation de restitution du cessionnaire	520
2-	Obligation de conservation du cessionnaire	522
CHAPITRE II	LA CESSION ET LES TIERS	527
Section I-	La pertinence du recours à la notion d'opposabilité	529
§1-	Les doutes en droit colombien	529
§2-	La levée des doutes	531
Section II-	La portée du recours à la notion d'opposabilité	532
§1-	La relativité de la notion	533

A-	La confusion, en droit français, entre opposabilité du contrat de cession et opposabilité de l'effet translatif consécutif	533
B-	Remise en cause de la confusion entre opposabilité du contrat de cession et opposabilité de l'effet translatif consécutif	539
§2-	Le régime dualiste de l'opposabilité de la cession aux tiers	546
A-	L'opposabilité spéciale du transfert de la créance	547
1-	Pour la concomitance du transfert inter partes et de son opposabilité aux tiers	547
2-	Pour l'opposabilité conditionnée à la rédaction d'un écrit daté et signé par les parties	550
a)	La considération d'ordre théorique	550
b)	Les considérations d'ordre pratique	551
i)	Les inconvénients des thèses conditionnant l'opposabilité à la publicité	551
α	Opposabilité conditionnée à la publicité par le biais du débiteur	552
β	Opposabilité conditionnée à la publicité par le biais d'une inscription dans un registre	557
ii)	Les inconvénients de la thèse conditionnant l'opposabilité à la date de notification du débiteur	561
iii)	Les avantages de l'opposabilité conditionnée à la seule exigence d'un écrit daté et signé par les parties	562
B-	L'opposabilité générale du contrat de cession	569
	CONCLUSION GENERALE	581
	INDEX ALPHABETIQUE	587
	BIBLIOGRAPHIE	591

RÉSUMÉ

La cession de créance est un mécanisme consacré tant en droit commun français qu'en droit commun colombien. Conformément à l'analyse classique dans ces deux systèmes juridiques, la cession de créance est un contrat translatif d'obligation envisagée activement. Ainsi, l'obligation passerait, telle qu'elle est, du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire. Le débiteur de la créance cédée n'aurait donc rien à craindre, car l'obligation ne subirait aucune modification du fait de la cession. Il resterait tenu envers le cessionnaire dans les mêmes termes qu'il l'était envers son créancier initial : le cédant. La cession de créance opérerait donc un banal transfert d'un bien incorporel. Malgré le caractère ancré de cette conception, elle est critiquable. L'obligation reste avant toute chose un lien juridique de sorte que l'idée de sa transmissibilité, au moins par acte entre vifs, n'est pas convaincante. En réalité, on s'aperçoit que la cession de créance opère une modification de l'obligation par changement de créancier, et cela sans le consentement du débiteur, sujet passif du lien juridique. Le débiteur subit donc une telle modification, laquelle n'est jamais sans conséquence sur sa situation juridique, ce qui explique qu'il mérite une protection spéciale. C'est pourquoi les tentatives classiques de qualification du débiteur de partie ou de tiers à la cession et, par conséquent, la question de savoir si la cession produit à son égard un effet relatif ou un effet d'opposabilité se révèlent inopportunes.

Cependant, cette analyse ne doit pas cacher une autre vérité : la cession de créance est également un acte translatif de créance, bien incorporel qui ne se confond pas avec l'obligation, même si les rapports entretenus entre la créance et l'obligation sont étroits. En tant qu'acte translatif de créance -bien incorporel-, la cession présente des spécificités qui empêchent de la cantonner à un acte juridique déterminé. En effet, la cession permet la réalisation de différentes opérations juridiques, ce qui explique sa nature polyvalente. En outre, la nature incorporelle de la créance explique la spécificité de certaines règles régissant le rapport entre les parties et la cession et celui concernant les tiers et la cession ; notamment celles relatives à l'étendue du transfert et à la garantie due par le cédant au cessionnaire, ainsi que celles portant sur l'opposabilité du transfert aux tiers.

Descripteurs : accessoires de la créance ; cession de créance ; exceptions inhérentes à la dette ; mode d'acquisition de la propriété ; modification de l'obligation ; novation de l'obligation ; transfert actif de l'obligation ; transmission de l'obligation ; opération juridique à trois personnes ; opposabilité ; vente d'une créance

ABSTRACT

The assignment of claims is a mechanism enshrined in both French ordinary law and Colombian ordinary law. According to the classical analysis in these two legal systems, the assignment of claims is a contract transferring the obligation considered active. Thus, the obligation would pass as it is from the patrimony of the assignor to that of the assignee. The debtor of the assigned claim would therefore have nothing to fear as the obligation would not be affected by the assignment. He would remain liable to the assignee in the same terms as he was to his original creditor: the assignor. The assignment of a claim would thus operate a mere transfer of an intangible property. Despite the anchored nature of this conception, it is open to criticism. The obligation remains above all a legal bond so that the idea of its transmissibility, at least by inter vivos transaction, is not convincing. In fact, we can notice that the assignment of claim creates a modification in the obligation by change of creditor, without the debtor's consent, the passive subject of the legal bond. The debtor thus undergoes such a modification, which is never without consequence on his legal situation, which explains why he deserves special protection. Hence the classical attempts to qualify the debtor of a party or third party in the assignment and, consequently, the question whether the assignment produces a relative effect or an enforceability effect in his regard is undesirable.

However, this analysis must not hide this other truth: the assignment of a claim is also an act transferring of the claim, which is intangible property, not to be confused with the obligation, even if the relationship between the claim and the obligation is narrow. As an act transferring of the assignment, intangible property, the assignment presents specificities which prevent it from being framed in a particular legal act. Indeed, the assignment allows the realization of different legal operations, which explains its versatile nature. Moreover, the intangible nature of the claim explains the specificity of certain rules governing the relationship between the parties and the assignment and that relating to third parties and assignment, in particular, those relating to the extent of the transfer and the guarantee owed by the assignor to the assignee as well as those concerning the effectiveness of the transfer to third parties.

Keywords: accessories of the claim ; active transfer of the obligation ; assignment of claim-sale ; claim-mode of acquisition of the ownership ; enforceability ; exceptions inherent in debt-legal operation to three persons ; modification of the obligation ; novation of the obligation

