

# L'impact de la réforme du droit des obligations sur les opérations nécessitant une cession de contrats

**Depuis la réforme du droit des obligations entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016, le Code civil régit pour la première fois et de façon très stricte les opérations de cession conventionnelle de contrats<sup>1</sup>. Ces nouvelles dispositions vont rendre plus difficile la réalisation d'opérations, telles que les cessions de fonds de commerce, nécessitant la mise en place d'un transfert conventionnel de contrats clients ou fournisseurs.**



**Par Franck Bourgeois, avocat associé, Eversheds Sutherland**

Il est désormais prévu qu'une cession de contrat doit être constatée par écrit, à peine de nullité ; que le cocontractant cédé doit donner son accord à cette cession ; et que, de surcroît, le cocontractant cédant ne sera libéré à l'avenir que si le cédé a expressément consenti à cette libération.

Or, de nombreuses opérations, telles que les cessions de fonds de commerce, nécessitent de transférer à l'acquéreur les contrats clients et fournisseurs attachés au fonds cédé. Avant ces nouvelles règles, en l'absence de dispositions légales, la poursuite des relations commerciales du cocontractant cédé avec le cessionnaire permettait de soutenir, en pratique, que le cédé avait tacitement accepté la cession du contrat, et qu'en conséquence le cédant était libéré pour l'avenir.

Dorénavant, l'exigence d'un écrit, à peine de nullité, et d'une libération expresse du cédant par le cédé, vont rendre ces opérations plus difficiles à réaliser car le cédé pourra être tenté de renégocier les termes du contrat concerné en échange de la formalisation de son consentement, ou restera tout simplement silencieux.

Le nouveau régime légal est rédigé comme suit : «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. Cet accord peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé, auquel cas la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié ou lorsqu'il en prend acte. La cession doit être constatée, par écrit, à peine de nullité.» (art. 1216 c.civ.).

«Si le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir. A défaut, et sauf clause contraire, le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat.» (art. 1216-1 c.civ.) Comme précisé ci-dessous, les difficultés à surmonter en pratique seront plus ou moins éten-

dues selon l'interprétation que l'on donnera à la nouvelle exigence d'un écrit pour formaliser, à peine de nullité, la cession de contrat.

## Hypothèse de l'accord écrit tripartite

Si l'on considère qu'un accord écrit tripartite (cédant – cessionnaire – cédé) est nécessaire, alors l'absence de signature de cet accord par le cédé est sanctionnée par la nullité. Il semble, en application de l'article 1172 alinéa 2 du Code civil<sup>2</sup>, qu'il s'agisse d'une nullité absolue. Dans la mesure où la convention emportant cession de contrats est généralement conclue entre le cédant et le cessionnaire antérieurement à la demande d'accord des cédés, les parties devront conditionner chaque cession de contrat à l'obtention de l'accord écrit du cédé concerné si elles veulent échapper à tout risque de nullité.

La situation risque cependant de devenir rapidement confuse si, dans l'attente de l'accord écrit des cédés, tout ou partie d'entre eux, après avoir été informés de l'opération de cession, poursuivent leur relation commerciale avec le cessionnaire, ce qui sera souvent le cas en pratique. En théorie, faute d'avoir obtenu l'accord écrit du cédé pour formaliser la cession du contrat le concernant, celle-ci resterait entachée de nullité malgré la poursuite de la relation commerciale du cédé avec le cessionnaire.

Par ailleurs, on ne peut exclure que, dans certains cas, l'éventuelle nullité de la cession d'un ou plusieurs contrats, faute d'accord écrit des cédés, puisse affecter la validité de l'opération de cession dans son ensemble, notamment de fonds de commerce. Tel pourrait être le cas si l'opération se voyait ainsi privée d'un élément déterminant<sup>3</sup>, notamment pour le transfert de la clientèle.

## Hypothèse de l'accord écrit bipartite

Si l'on considère que seul un accord écrit bipartite

(cédant – cessionnaire) est nécessaire, alors le fait que cet accord ne soit pas signé par le cédé ne constitue plus une cause de nullité.

En effet, à la lecture de l'article 1216 c.civ. rappelé ci-dessus, il est possible de soutenir que, même si le cédé doit effectivement donner son accord à la cession du contrat, celle-ci n'en reste pas moins une simple convention bipartite entre cédant et cessionnaire.

Cette interprétation est conforme à la jurisprudence antérieure selon laquelle, en vertu de l'effet relatif des conventions<sup>1</sup>, un tiers (le cédé) ne peut être tenu pas les dispositions d'une convention à laquelle il n'est pas partie. L'accord du cédé reste donc nécessaire pour que la cession puisse recevoir effet à son égard mais, si l'on retient cette approche, cet accord pourrait n'être que tacite, et résulter, en particulier, de la poursuite de la relation commerciale du cédé avec le cessionnaire.

### La solidarité du cédant

Que l'on retienne l'hypothèse d'un acte tripartite ou bipartite, le cédant restera désormais tenu solidairement à l'exécution du contrat par le cessionnaire, faute de libération du cédant consentie expressément par le cédé. Aucune libération tacite du cédant n'est donc envisageable. Les conséquences d'une telle solidarité peuvent être très étendues. Ainsi, en matière de transfert de contrats clients, le cédant restera tenu de la bonne exécution par le cessionnaire des prestations promises ou de la conformité des produits vendus. S'il s'agit de contrats fournisseurs, le cédant restera principalement tenu des obligations de paiement incombant au cessionnaire. Et ce, aussi longtemps que ces contrats resteront en vigueur.

Pour échapper à cette solidarité, le cédant peut, bien entendu, conditionner la réalisation de l'ensemble de l'opération à l'obtention du consentement exprès de certains cédés à sa libération, sous réserve que les parties acceptent l'aléa en résultant.

A défaut, elles pourraient envisager, au moins pour certains contrats, de notifier aux cédés le fait que ces derniers devront soit approuver la cession de leur contrat en libérant le cédant, soit, si cette condition n'est pas satisfaite mais que les cédés poursuivent néanmoins leur relation commerciale avec le cessionnaire, être réputés poursuivre cette relation sur la base d'un nouveau contrat non formalisé, sans solidarité du cédant.

Bien évidemment, rien n'empêchera les cédés de contester immédiatement le choix qui leur serait ainsi imposé et d'exiger l'exécution de leur contrat

par le cédant ou le paiement de dommages-intérêts. Il sera cependant plus difficile pour les cédés qui auront poursuivi leur relation avec le cessionnaire sans formuler de réserves de contester ultérieurement la novation ainsi réalisée et la libération corrélative du cédant ; l'intention novatoire, même si elle ne se présume pas, pouvant se déduire des circonstances de l'espèce. Il convient cependant d'être attentif au fait que la novation n'emporte pas les mêmes conséquences que la cession, notamment au regard de l'opposabilité des exceptions et du transfert des sûretés.

### L'allocation du risque entre cédant et cessionnaire

Le cédant et le cessionnaire devront convenir de la répartition entre eux du risque d'absence de transfert de certains contrats, de mise en œuvre de la solidarité du cédant ou d'une demande de dommages-intérêts pour résiliation de contrat aux torts du cédant. Le cas échéant, ils devront également déterminer les moyens à mettre en œuvre pour que le cédant puisse continuer à exécuter des contrats dont les cédés auront exigé la poursuite par le cédant, alors que ce dernier ne disposera peut-être plus, après la cession, des ressources nécessaires à leur exécution.

Le cessionnaire pourra aussi s'obliger à proposer aux cédés la conclusion de nouveaux contrats, afin de chercher à libérer le plus vite possible le cédant au titre des contrats transférés.

Enfin, lorsque les nouvelles règles en matière de cession de contrats s'avéreront trop contraignantes pour permettre la réalisation de l'opération envisagée dans des conditions satisfaisantes, les parties pourront réfléchir à des schémas alternatifs, tel que celui d'une filialisation préalable par apport partiel d'actifs suivie d'une cession des actions de la société bénéficiaire de l'apport.

Comme mentionné ci-dessus, l'étendue des contraintes dépendra du point de savoir si la cession de contrats constitue un acte tripartite ou bipartite, à peine de nullité. Il sera donc particulièrement important de suivre les développements doctrinaux et jurisprudentiels en la matière. ■

1. Par ailleurs, un certain nombre de dispositions légales prévoyaient déjà, dans certains cas, le transfert automatique de contrats spécifiques (contrats de travail, etc.). Le présent article ne porte que sur le nouveau régime du transfert conventionnel de contrat.

2. «Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation.»

3. Articles 1184 et 1186 du Code civil.

4. Article 1199 du Code civil (ancien article 1165 c.civ.)