

# TIERS SUBSTITUTION CÉDÉ CESSION ACCORD CESSIONNAIRE



PAR  
CAMILLE BARAGNON  
ÉTUDIANTE EN MASTER 2 –  
DROIT PRIVÉ GÉNÉRAL –  
UNIVERSITÉ PARIS II PANTHÉON-  
ASSAS



## LA CESSION DE CONTRAT : ENTRE STABILITÉ ET INCERTITUDE

**A**près le soutien de la Cour de cassation et de la pratique durant plusieurs années, c'est désormais au législateur, par l'ordonnance n° 2016-131 portant réforme du droit des contrats et du régime des obligations du 10 février 2016 d'admettre l'existence de la cession de contrat.

Bien que son utilité n'ait jamais été mise en cause, celle-ci a été au centre de nombreux débats doctrinaux dès le milieu du XX<sup>ème</sup> siècle<sup>1</sup>. Certains auteurs<sup>2</sup> considéraient qu'une telle cession pouvait être réalisée par la combinaison d'une cession de créance et d'une stipulation pour autrui ou d'une délégation. En revanche, ils n'admettaient pas la cession de contrat en tant que telle, car la cession de dette n'était pas admise en droit français. De plus, l'accord du cédé restait pour eux nécessaire, et était à l'origine d'un nouveau contrat avec le cessionnaire. A contrario, Laurent Aynès a défendu une conception moniste de la cession de contrat, en indiquant que celle-ci n'était « *pas la cession de chaque élément. C'est le contrat lui-même qui est transmis*<sup>3</sup> » et en soutenant que cette opération ne portait nullement atteinte à la formation du contrat, ni à son effet relatif, et était possible sans l'accord du cédé.

La cession de contrat avait également fait l'objet de plusieurs propositions. D'une part, le projet Terré<sup>4</sup> admettait la cession de contrat en la traitant comme une opération translatrice d'obligations,

aux côtés de la cession de créance et de la cession de dette. D'autre part, l'avant-projet Catala<sup>5</sup>, consacrait la « *cession de la qualité de partie au contrat* » et la subordonnait à l'accord du cocontractant.

Le législateur a alors décidé d'importer ce mécanisme dans le Code civil, sécurisant ainsi de nombreuses opérations de la pratique. La cession de contrat se définit alors comme la cession de la « *qualité de partie au contrat* » (**article 1216 alinéa 1 du Code civil**), ce qui consacre la conception unitaire de la cession de contrat. En effet, celle-ci ne peut se résumer en une simple adjonction de la cession de créance et de la cession de dette. La cession de contrat devient alors « *une institution de la théorie générale du contrat. Elle appartient au droit commun des contrats. Tout contractant <disposant> en principe au droit de céder sa qualité de partie au contrat* »<sup>6</sup>.

Cette reconnaissance se comprend dans une vision d'efficacité économique et s'inscrit dans un mouvement de patrimonialisation du contrat. Ainsi, cette cession de droit commun apparaît au côté de nombreuses cessions particulières, déjà reconnues par le législateur, comme la cession de bail et la cession de contrat d'assurance.

Bien qu'il s'agisse d'une consécration nécessaire et attendue (I), il faut néanmoins souligner que celle-ci reste porteuse d'incertitudes (II).

1- Emmanuel Jeuland, « Cession de contrat », RTD civ., juin 2010 (actualisation : avril 2016).

2- Jacques Ghestin, Christophe Jamin, et Marc Billiau, Les effets du contrat, 3<sup>ème</sup> édition, 2001, LGDJ.

3- Laurent Aynès, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, préface Philippe Malaurie, 1984, Economica.

4- Article 146 de l'avant-projet Terré.

5- Article 1165-4 de l'avant-projet Catala.

6- La cession de contrat, Laurent Aynès, Revue Droit et Patrimoine, n°260, 1er juillet 2016.

## 1 – UNE CONSÉCRATION NÉCESSAIRE ET ATTENDUE DE LA CESSION DE CONTRAT

La cession de contrat n'était pas inconnue du monde juridique avant la réforme, mais elle était portée par la jurisprudence et la pratique économique. Cela explique que la codification soit à droit constant (A), et qu'un accroissement de la sécurité juridique est bienvenu dans les relations d'affaires (B).

### A. UNE CONSÉCRATION À DROIT CONSTANT

La cession de contrat est un mécanisme tiré de la pratique, dont la jurisprudence a imaginé un régime et des effets. Toutes ces réflexions ont été majoritairement reprises par le législateur, afin de réaliser une codification à droit constant, permettant de donner un cadre stable et sécuritaire à la cession de contrat.

Concernant les conditions de fond, il est indispensable de remarquer que la cession de contrat repose sur deux accords<sup>7</sup> : celui entre le cédant et le cessionnaire, mais également celui du cédé à ladite cession. Cela est lié à la force obligatoire du contrat, car il est impossible d'imposer à une partie un nouveau partenaire contractuel sans qu'elle approuve.

La Cour de cassation<sup>8</sup> avait anticipé les exigences et modalités de l'accord du cédé, qui sont reprises de façon similaires par le législateur à l'article 1216 alinéa 1 du Code civil. Si l'accord est anticipé, la cession produira « effet à l'égard <de celui-ci> lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui <sera> notifié, ou lorsqu'il en <aura> pris acte » (article 1216 alinéa 2 du Code civil). A contrario, si le cédé refuse de donner son accord à la cession, celle-ci ne pourra pas avoir lieu, et le lien contractuel sera maintenu entre les parties initiales. Mais il ne faut pas s'y méprendre, le contrat de cession reste bien bipartite, le cédé n'étant qu'un tiers à celui-ci. C'est d'ailleurs pour cela probablement que le lé-

gislateur emploie le terme d'« accord » et non celui de « consentement ». Le seul but de celui-ci est de protéger le cédant, pour qu'il puisse préserver ses intérêts. C'est pour cela que le refus d'accord ne peut être discrétionnaire, mais doit être légitime, sous peine d'être contourné par une autorisation judiciaire<sup>9</sup>. Cependant, lorsque le contrat est *intuitu personae*, il semble que le refus du cédé ne puisse être surmonté par une autorisation judiciaire<sup>10</sup>.

Concernant les conditions de forme, l'article 1216 alinéa 3 du Code civil exige que la cession soit « constatée par écrit, à peine de nullité », ce qui est un formalisme identique à celui de la cession de créance<sup>11</sup>.

Ensuite, le cédant sera libéré seulement si le cédé y consent expressément (article

**1216-1 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil**). Il ne faut pas confondre ce consentement avec l'accord donné par le cédé à la cession. Il paraît envisageable que la cession ait été acceptée, mais que le cédant ne soit pas libéré pour l'avenir. Si le consentement à

la libération du cédant n'a pas été donné par le cédé, alors il sera « *sauf clause contraire, tenu solidairement à l'exécution du contrat* » (article 1216-1 alinéa 2 du Code civil). Il se pose ensuite nécessairement la question des sûretés qui garantissaient le cédant. L'article 1216-3 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil détaille cela en deux hypothèses : soit le cédé ne libère pas le cédant, et dans ce cas les sûretés subsistent ; soit, le cédé libère le cédant, et « *les sûretés consenties par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord* ». Cependant, dans ce second cas, il n'est pas évoqué les sûretés consenties par le cédant au cédé. Il est possible de se demander si celles-ci sont maintenues. Il semble alors qu'elles subsistent<sup>12</sup>, mais il est possible d'envisager que le cédé aura la possibilité de libérer expressément le cédant en tant que partie au contrat et garant. Cela relève de la liberté contractuelle et rien ne paraît l'interdire.

Concernant les codébiteurs du cédant,

ils restent logiquement tenus à la suite de la libération de celui-ci, « *déduction faite de sa part dans la dette* » (article 1216-3 alinéa 2 du Code civil).

Concernant l'opposabilité des exceptions, le régime diffère quelque peu des apports de la jurisprudence. En effet, l'article 1216-2 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil dispose que « *le cessionnaire peut opposer au cédé les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Il ne peut lui opposer les exceptions personnelles au cédant* ». Relativement à l'opposition des exceptions inhérentes à la dette, cela est également présent dans les textes sur la cession de créance<sup>13</sup> et de dette<sup>14</sup>. Certains auteurs<sup>15</sup> critiquent cette énumération d'exemples, notamment car la jurisprudence distinguait en fonction des causes de nullité, celle-ci pouvant résulter d'un caractère de l'auteur, tel que l'incapacité de celui-ci, ou encore de l'existence d'un vice du consentement<sup>16</sup>. De plus, la notion d'« *exceptions personnelles* » n'est pas définie, et aucune illustration n'est proposée. Une clarification par le législateur aurait été appréciable, mais il semble que ce soit à nouveau à la jurisprudence d'éclaircir ce point, ou de persister dans sa position exprimée avant l'entrée en vigueur du texte. Le cédé quant à lui peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant (article 1216-2 alinéa 2 du Code civil) en ne faisant aucune distinction comme précédemment. Il peut même invoquer l'exception attrayant au lien contractuel initial avec le cédant.

Après avoir résumé le régime et les effets de la cession de contrat, il convient de s'intéresser à la sécurité qu'elle apporte aux relations d'affaires.

### B. UNE SÉCURISATION DES RELATIONS D'AFFAIRES BIENVENUE

Si la cession de contrat existait auparavant dans la pratique, certaines possibilités consacrées par la réforme assurent une plus grande sécurité des relations d'affaires.

Tout d'abord, la possibilité de céder un contrat *intuitu personae*, bien que

7- Gaël Chantepie et Mathias Latina, La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016.

8- Deux arrêts Com. 6 mai 1997 n° 95-10.252 et n° 94-16.335.

9- Laurent Aynès, « La cession de contrat », Revue Droit et Patrimoine, n°260, 1<sup>er</sup> juillet 2016.

10- Laurent Aynès, « La cession de contrat », Revue Droit et Patrimoine, n°260, 1<sup>er</sup> juillet 2016.

11- Article 1322 du Code civil.

12- Gaël Chantepie et Mathias Latina, La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016, n°610.

13- Article 1324 alinéa 2 du Code civil.

14- Article 1328 du Code civil.

15- Gaël Chantepie et Mathias Latina, La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016, n°608.

16- Chambre Mixte 8 juin 2007, n°03-15.602, Bull.civ., n°5 à propos du cautionnement et de l'application de l'article 2313 du Code civil.

reconnu par la jurisprudence, pouvait engendrer des réticences. La situation a alors été clarifiée, la validité dépendant de l'accord du cédé. Ensuite, la possibilité de recueillir celui-ci de manière anticipée va permettre de prévoir les changements pouvant advenir durant une relation commerciale.

D'une part, cela peut être particulièrement utile lors de la vente d'un fond de commerce.

À l'instar du bail commercial régi par des dispositions spécifiques, de nombreux contrats apportent une valeur indéniabile au fonds, ce qui rend leur cession indispensable pour l'acquéreur. C'est le cas par exemple des contrats de distribution, et notamment du contrat de franchise, mais aucun texte ne leur est dédié.

Concernant la cession du fonds de commerce par un franchisé, il avait été indiqué par la Cour de cassation qu'une transmission passive du contrat de franchise n'était pas envisageable<sup>17</sup>, notamment car il s'agissait d'un contrat conclu *intuitu personae*<sup>18</sup>. L'accord du cédé est alors nécessaire. Cependant, certains auteurs se demandaient si l'obligation de continuer le contrat de franchise n'était pas passée à l'acquéreur avec le fonds<sup>19</sup> grâce à *l'intuitu rei*, mais cette position n'a pas été consacrée.

Concernant la cession du fonds de commerce par le franchiseur, la Cour de cassation avait déjà rendu un arrêt<sup>20</sup> indiquant que celui-ci devait obtenir l'accord du franchisé. Elle reconnut plus tard expressément « *qu'en matière de franchise, l'intuitu personae est bilatéral, c'est-à-dire qu'il vaut non seulement au profit du franchiseur, mais également au profit des franchisés* »<sup>21</sup>, arrêts qui ont été abondamment critiqués de par la nature de la relation entre franchiseur et franchisé<sup>22</sup>. Ainsi, lors de la cession d'un réseau de distribution, si une minorité des distributeurs s'oppose à cette cession, le fournisseur reste tenu de poursuivre l'exécution de ses obliga-

tions essentielles<sup>23</sup>.

L'accord du cédé paraît alors être une condition insurmontable et incontournable. Cependant, grâce à la réforme du droit des contrats, celui-ci peut être donné par anticipation lors de la conclusion du contrat initial. Cette possibilité sera alors très utile dans le contrat de franchise, ou lors de restructurations, le franchiseur n'ayant qu'à intégrer une clause au contrat indiquant que le franchisé l'autorise à céder celui-ci. Également, la cession de contrat pourra être exclue lorsque l'une des parties a été choisie en raison de ses qualités personnelles<sup>24</sup>, ce qui permettra au franchiseur de contrôler son réseau.

Ces possibilités sont envisageables également lors d'opérations de restructurations d'entreprises comme les fusions, scissions, ou encore apports partiels d'actifs qui se réalisent normalement par le biais d'une transmission universelle de patrimoine. Celle-ci étant une opération globale, la société bénéficiaire en est alors le successeur universel<sup>25</sup>. Cependant, l'accord du cédé étant nécessaire<sup>26</sup>, les contrats *intuitu personae* ne peuvent être transmis via cette opération.

Plus largement, il est possible de se demander si une restructuration d'entreprise ou d'association pourrait passer exclusivement par la cession de contrat. Mais certains avocats<sup>27</sup> opposent quelques réticences à cela, des mécanismes de protections étant instaurés. Celle-ci paraît alors destinée à faciliter seulement de légères restructurations, ou à s'appliquer là où des opérations comme le transfert universel de patrimoine ne sont pas acceptées.

Ainsi, l'on peut remarquer à travers

ces exemples que la cession de contrat est un mécanisme cultivant l'équilibre entre liberté contractuelle et sécurité juridique. Cependant, il reste encore des zones d'ombre que le législateur n'a pas éclaircies.

## 2 - UNE CONSÉCRATION DE LA CESSION DE CONTRAT PORTEUSE D'INCERTITUDES

Malgré une consécration de la cession de contrat par le législateur, des incertitudes subsistent. C'est le cas notamment concernant la nature de la faculté de substitution dans la promesse unilatérale (A), et de l'articulation difficile entre contrat d'adhésion et cession de

“ La cession de contrat est un mécanisme cultivant l'équilibre entre liberté contractuelle et sécurité juridique. ”

contrat (B).

### A. UNE HÉSITATION SUBSISTANTE SUR LA NATURE DE LA FACULTÉ DE SUBSTITUTION DANS LA PROMESSE UNILATÉRALE

La faculté de substitution dans une promesse unilatérale est au départ une pure création de la pratique notariale. La nature de celle-ci a été un point important des interrogations de la doctrine, et la définition de la cession de contrat choisie par le législateur en a ravivé l'intérêt.

D'une part, certains auteurs ont défendu une autonomie de cette faculté de substitution dans la promesse de vente unilatérale par rapport à la cession de contrat. Emmanuel Jeuland l'a alors assimilée à une substitution de personne<sup>28</sup>. Il considère qu'il ne s'agit pas d'une opération translatrice, contrairement à la cession de contrat. En effet, le bénéficiaire initial resterait présent dans le rapport contractuel, car si le bénéficiaire substitué n'exerce par l'option, alors il récupérerait son droit.

17- Pierre-Yves Gautier, « Le contrat de franchise n'est pas transmis passivement avec le fonds de commerce, ni l'acquéreur, responsable de sa résiliation », RTD civ., 2007, p.794 et Com. 15 mai 2007, n°06-12871, Bull. civ. IV, n° 129, D. 2007.

18- Marie Malaurie-Vignal, Droit de la distribution, Sirey, 2006, n° 764.

19- Pierre-Yves Gautier, « Le contrat de franchise n'est pas transmis passivement avec le fonds de commerce, ni l'acquéreur, responsable de sa résiliation », RTD civ., 2007, p.794, citation dans l'article : Joseph Hamel, Gaston Lagarde et Alfred Jauffret, Traité de droit commercial, Tome II, Dalloz, 1966, n° 1022 : « à titre exceptionnel, le bénéficiaire ou les obligations de certains contrats conclus par le vendeur d'un fonds, passent à l'acquéreur. On peut donc les considérer comme les accessoires du fonds. Le résultat obtenu ne déroge pas aussi gravement qu'on serait tenté de le croire à la règle de l'article 1165 du Code civil... Au regard d'un ayant cause à titre particulier, certains contrats forment corps avec la chose vendue, parce qu'ils ne présentent d'utilité que pour le propriétaire de la chose ».

20- Com. 6 mai 1997, n° 94-16.335, Bull. civ. IV, n° 117.

21- Com. 3 juin 2008, n° 06-13.761, préc., et Com. 3 juin 2008, n° 06-18.007, préc., confirmés par Com. 7 janv. 2014, n°10-18.319.

22- Gilles Amédée-Manesme et Hélène Helwaser, « Le rachat ou la fusion de réseaux », JCP E 2012 cité dans l'article de Régis Pihéry, Avocat associé Cabinet FIDAL, « La transmission du réseau de franchise, l'obstacle de l'intuitu personae », AJ Contrats, 2016, p.428.

23- Gaël Chantepie et Mathias Latina, La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016, n°599 et Com. 28 juin 2005 n° 04-10.038.

24- Par analogie avec les contrats de fournitures ou de concession évoqués dans : Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, Droit des obligations, LGDJ 8<sup>ème</sup> édition, 2016, n°855.

25- Pierre-Yves Bérard, Affaires Juridiques BNP Paribas, « Les fusions à l'épreuve de l'intuitu personae », RTD Com., 2007, p.279

26- Com. 13 décembre 2005, n° 03-16.878.

27- Wilfried Meynet, Avocat (Marseille et Luxembourg), Octave Avocats, codirecteur du DESU droit de l'économie sociale et solidaire (Institut de droit des affaires - Aix-Marseille), « Cession de créance, de dette et de contrat : une alternative aux restructurations ? », Juris associations, 2017, n°551, p.32.

28- Emmanuel Jeuland, « Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne », Recueil Dalloz, 1998, p.356 : *L'auteur définit la substitution de personne comme « l'opération par laquelle une personne, le substitué, met en œuvre une obligation née entre deux autres personnes, le substituant et une personne qui n'est pas modifiée, l'insubstitué, sans que le substituant ne disparaisse entièrement du rapport juridique et de telle sorte que le substitué et l'insubstitué soient directement liés entre eux ».*

Bien que certains juristes<sup>29</sup> défendent les mêmes idées, ils ne consacrent pas la notion de substitution de personne, mais vont plutôt assimiler la faculté de substitution à une « cession de position contractuelle »<sup>30</sup>. Ibrahim Najjar soulève également le fait qu'il ne s'agit pas d'une cession de contrat car si le substitué ne lève pas l'option, il n'y aura pas cession du contrat final. La promesse de vente étant un contrat, cet argument paraît éminemment contestable, la faculté de substitution du bénéficiaire permettant de céder le contrat de promesse.

Mais en réalité, il est possible que ces raisonnements aient eu pour finalité d'expliquer une jurisprudence complexe. En effet, la Cour de cassation raisonne sous forme de négation pour qualifier cette faculté de substitution. Elle indique tantôt qu'il ne s'agit pas d'une cession de créance<sup>31</sup>, et tantôt qu'il ne s'agit pas non plus d'une cession de contrat<sup>32</sup>. Elle affirme d'ailleurs dans plusieurs arrêts que la cession de promesse est en réalité une stipulation pour autrui<sup>33</sup>. Cela permet d'écarter corrélativement les formalités de l'article 1690 du Code civil relatives à la cession de créance, ainsi que l'application de l'article 1589-2 du Code général des impôts. C'est une des raisons pour lesquelles, d'autres auteurs préfèrent défendre l'idée qu'il s'agit d'une « autonomie de circonstances »<sup>34</sup>.

D'autre part, d'autres auteurs<sup>35</sup> défendent fermement qu'il s'agit d'une cession de contrat. Ils se fondent d'abord sur l'indemnité d'immobilisation, le bénéficiaire substitué devant payer celle-ci si la vente ne se réalise pas. Il hérite ainsi, en plus du droit d'option du bénéficiaire initial, de toutes ses obligations. Si ce dernier avait payé l'indemnité, il pourrait alors légitimement en demander remboursement, car les avantages assurés par celle-ci profiteraient au bénéficiaire substitué.

Ensuite, ils contestent les arguments avancés précédemment. Il ne peut tout d'abord s'agir d'une stipulation pour autrui car, entre autres, ni le promettant,

ni le bénéficiaire initial ne concluent l'avant-contrat dans le but de le céder à un tiers. D'ailleurs, le stipulant transmet ce droit d'option et le plus fréquemment à titre onéreux.

Enfin, concernant l'analyse de la substitution comme « *institution autonome* » et son rattachement à une « *substitution de personne* » dans le but d'expliquer un lien persistant avec le bénéficiaire initial, cela n'est pas incompatible avec la définition de l'opération en cession de contrat. En effet, celle-ci peut être aménagée en indiquant que le bénéficiaire initial, à défaut de lever de l'option par le bénéficiaire substitué, récupérera son droit. La vraie question en réalité est la nature du droit du cessionnaire<sup>36</sup>. Il paraît s'agir d'un droit transmis, plutôt que d'un droit nouveau, comme l'indiquent ces auteurs, et donc d'une cession de contrat. Cette analyse nous paraît la plus pertinente et la plus cohérente. Elle semble d'ailleurs être appuyée par le législateur.

En effet, avec la consécration par celui-ci de la cession de contrat dans le Code civil, ce débat est à nouveau propulsé sur le devant de la scène. Elle a permis aux auteurs soutenant l'analyse de l'assimilation de la clause de substitution à une cession de contrat de trouver un appui supplémentaire à leurs arguments. Car effectivement, auparavant, les débats doctrinaux portaient sur un mécanisme, la cession de contrat, dont aucune définition légale n'avait été donnée.

Grâce à l'article 1216 du Code civil qui définit celle-ci comme la cession de sa « *qualité de partie au contrat* », on peut légitimement penser que la substitution rentre dans le champ d'application de cette définition. De plus, la faculté de substitution peut être assimilée à l'accord du cédé donné par anticipation à la cession du contrat de promesse<sup>37</sup>. Il faudra alors attendre une nouvelle analyse par la Cour de cassation de la clause de substitution, mais il paraîtrait opportun qu'elle adopte l'assimilation avec la cession de contrat, maintenant que sa défini-

tion et son régime ont été introduits dans le Code civil<sup>38</sup>.

## B. UNE ARTICULATION DIFFICILE ENTRE CONTRAT D'ADHÉSION ET CESSIION DE CONTRAT

La réforme du droit des contrats consacre plusieurs mécanismes, dont deux, en apparence très différents, mais qui peuvent, dans certaines circonstances, entrer en concurrence : le contrat d'adhésion et la cession de contrat.

Le premier est défini à l'article 1110 alinéa 2 du Code civil, disposant que « *Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ».

La cession de contrat, qui est l'objet de notre étude, ne semble pas pouvoir cohabiter avec une telle notion. En effet, étant donné que la cession de contrat est définie comme la « *cession de qualité de partie au contrat* »<sup>39</sup>, il est évident que les conditions de celui-ci ne sont pas négociées à nouveau avec le cessionnaire, car le contrat continue avec une nouvelle partie en demeurant inchangé. Cela est le principe même du mécanisme.

Cette question de qualification, qui n'a pas été envisagée par le législateur, peut avoir vocation à se poser, notamment lors d'une opération de cession de droit sociaux dont l'une des conditions est d'adhérer aux pactes d'associés<sup>40</sup>. En effet, dans ce cas, l'adhésion au pacte est obligatoire afin de pouvoir entrer dans la société. Si la condition qui différencie les contrats de gré à gré des contrats d'adhésion est la seule négociation, comme le pensent certains auteurs<sup>41</sup>, alors il est possible que le pacte d'associé soit requalifié en contrat d'adhésion.

Par ailleurs, d'autres auteurs défendent le fait que pour que le pacte d'associé soit qualifié de contrat d'adhésion, il faudrait alors que le cessionnaire conclue « *un nouveau pacte avec les associés déjà parties sur la base des termes identiques à ceux du pacte préexistant* »<sup>42</sup>.

29- Ibrahim Najjar, « *Clause de substitution et position contractuelle* », Recueil Dalloz, 2000, p. 635.

30- Ibrahim Najjar, « *Clause de substitution et position contractuelle* », Recueil Dalloz, 2000, p. 635.

31- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 1<sup>er</sup> avril 1987, n°86-15.838, Bull. civ. III, n° 68, Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 27 avril 1988, n°86-17.337, Bull. civ. III, n° 83, ou encore Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 27 novembre 1990, n°89-11.385Bull. civ. III, n° 248.

32- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 17 avril 1984, n°83-12.106Bull. civ. III, n° 87 et Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 19 mars 1997, n°95-12473Bull. civ. III, n° 68.

33- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 17 avril 1984, Bull. civ. III, n° 87 suivi par d'autres arrêts ultérieurs.

34- Philippe Brun, « *Nature juridique de la clause de substitution dans le bénéfice d'une promesse unilatérale de vente : une autonomie de circonstance ?* », RTD. civ. 1996, p.29.

35- Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, Droit des obligations, LGDJ 8<sup>ème</sup> édition, 2016, n°854.

36- Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, Droit des obligations, LGDJ 8<sup>ème</sup> édition, 2016, n°854.

37- Gaël Chantepie et Mathias Latina, La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016, n°602.

38- NDLR : lire à ce sujet la position de la pratique notariale contraire à celle-ci défendue en p. 46.

39- Article 1216 du Code civil.

40- Antoine Tadros, « *L'adhésion du cessionnaire des droits sociaux au pacte d'associés. Contrat d'adhésion ou cession de contrat ?* », Recueil Dalloz, 2017, p.171.

41- Thierry Revet, « *Les critères du contrat d'adhésion* », Recueil Dalloz, 2016, p.1771.

42- Antoine Tadros, « *L'adhésion du cessionnaire des droits sociaux au pacte d'associés. Contrat d'adhésion ou cession de contrat ?* », Recueil Dalloz, 2017, p.171.

C'est alors plus vraisemblablement sur le sens du verbe « adhérer » au pacte d'associé qu'il faut s'interroger : signifie-t-il conclure un nouveau contrat ou simplement se substituer au cédant des droits sociaux, lequel aura alors cédé sa qualité de partie au pacte d'associés ?

La seconde qualification paraît la plus appropriée comme le soutient le Professeur Antoine Tadros.

En effet, il paraît plus aisé de substituer une partie au contrat, sans rupture du lien contractuel, par le cessionnaire des droits sociaux, que de conclure un nouveau contrat, identique au précédent. L'opération paraîtrait alors démesurée, particulièrement lourde et nécessiterait un temps important dans un domaine

où tout évolue constamment.

Le passage par la cession de contrat permet une simplification considérable du procédé.

“  
La cession de contrat paraît être un mécanisme indispensable, particulièrement dans le monde économique.

”

La cession du pacte d'associé par l'un d'eux, lorsque celle-ci est la condition d'une cession de droits sociaux, et d'autre part, une autre clause pourra être prévue dans le pacte d'associé concernant la libération du cédant lorsque celui-ci cédera ses droits sociaux, et *a fortiori* le pacte d'associé.

Par ailleurs, grâce à la codification de ce mécanisme, la cession du pacte d'associé pourra être anticipée de deux manières<sup>43</sup> : d'une part, le pacte pourra contenir une clause exprimant l'accord anticipé de chaque associé pour une ces-

Cela nous paraît être la solution la plus confortable et la plus transposable au monde des affaires. Cependant, la question n'étant pas tranchée par le législateur, le débat reste ouvert, jusqu'à ce que la Cour de cassation se prononce à ce sujet.

Pour conclure, la cession de contrat paraît être un mécanisme indispensable, particulièrement dans le monde économique, et sa consécration est synonyme d'une plus grande sécurité juridique. Cependant, de nombreuses questions restent encore sans réponse, ce qui permettra à la jurisprudence et à la pratique de jouer à nouveau l'un de leurs plus beaux rôles, celui de créateur du Droit.

43- Antoine Tadros, « L'adhésion du cessionnaire des droits sociaux au pacte d'associés. Contrat d'adhésion ou cession de contrat ? », Recueil Dalloz, 2017, p.171.