

La cession de contrat ; Cessibilité de contrats successifs

Masamichi NOZAWA
Professeur adjoint à l'Université Rikkyo

- I Introduction
- II Les problèmes au Japon
- III La situation du droit français
- IV La position récente au Japon
- V Conclusion

I Introduction

1—**L'évolution de la cession de contrat.** L'expression "cession de contrat" ou "reprise de contrat", d'origine doctrinale, s'est introduite dans la langue juridique au milieu de 20^{ème} siècle au Japon et même en France. On la définit comme le contrat qui a pour but de succéder à la situation de partie contractuelle.

Globalement, les codifications successives ont, au fil des temps, évolué, tendant à donner une place croissante à la cession de contrat. On peut trouver trois étapes pour reconnaître la cession de contrat.¹⁾

D'abord, le Code Napoléon en 1804 ne connaît que la cession de créance, et ignore tant la reprise de dette que la cession de contrat. Ensuite, le B.G.B. en 1896 et le Code Suisse des Obligations en 1911 connaissent la cession de créance et la reprise de dette. Enfin, le Code civil italien en 1942 et le Code civil portugais en 1966 connaissent expressément les trois institutions : la cession de créance, la reprise de dette et la cession de contrat.

Sur ce sujet, le Code civil japonais en 1898 succède au Code Napoléon, c'est parce qu'il ne connaît que la cession de créance. Mais, après avoir rédigé le Code, la plupart des auteurs et la jurisprudence ont admis la reprise de dette et la cession de contrat, inspiré de la doctrine allemande. Ainsi, tous les auteurs les reconnaissent au Japon.

Cependant, on ne s'accorde pas encore sur la condition et l'effet de la cession de contrat, car on n'a pas sa règle dans le code en vigueur.

2—Deux types de la cession de contrat. Or, sur la cession de contrat, on peut distinguer la cession légale et la cession conventionnelle de contrat.

Dans la cession dite légale, c'est la loi qui impose la cession de contrat, en substituant un tiers à une des parties contractuelles. Il en est ainsi dans certains cas où le contrat est relatif à un bien transmis. C'est-à-dire quand l'aliénation de ce bien entraîne la cession de contrat au profit et à la charge de l'acquéreur. Par exemple, en France, l'art. 1743 du code civil réalise la transmission de la situation de bailleur dans le contrat de bail vers l'acquéreur de la chose louée. En d'autres termes, on pourrait dire que la cession de contrat est l'accessoire nécessaire de la vente de la chose louée. En tant que d'autres exemples, on peut citer l'art. L. 121-10 du Code des assurances qui est relatif à l'aliénation de la chose assurée, soit l'art. L. 122-12 du Code du travail qui est relatif à celle d'une entreprise, soit encore l'art. 1601-4 du Code civil qui dispose la cession de droits d'une vente d'une chose à construire. Sauf le dernier exemple, tous sont presque les mêmes au Japon.

Dans ces cas, les statuts légaux paraissent présenter trois caractères communs.²⁾

1. La cession de contrat est toujours accessoire à l'aliénation du bien auquel elle se rapporte.
2. Le consentement du cédé n'est pas nécessaire.
3. La loi libère, plus ou moins complètement, le cédant des obligations corrélatives aux droits qu'il cède.

Mais, normalement, pour envisager la cession de contrat, on ne tient pas compte de la cession légale de contrat. En effet, dans les cessions légales, la position contractuelle est transférée par la loi elle-même, et on penserait que ce sont des cas exceptionnels.

Alors, nous examinerons en principe la cession conventionnelle de contrat, où la position contractuelle est transférée par la volonté des parties, le cédant et le cessionnaire. Mais, à la fin de notre étude, il est probable que nous nous apercevrons qu'il faut réexaminer la cession légale de contrat pour mieux comprendre la cession de contrat.

3—Projet de cet article. Le projet de cet article est le suivant.

Tout d'abord, on relève des problèmes sur la cession de contrat au Japon (section II) et la situation de la controverse en France (section III). Et ensuite, on revient au Japon pour voir la controverse récente (section IV). Enfin, je voudrais essayer de faire la synthèse des controverses au Japon et en France (section V).

II Les problèmes au Japon³⁾

4—**La cession de contrat inspirée de B.G.B.** Comme on le sait, le B.G.B. est le premier corpus juris à avoir envisagé de façon générale la reprise de dette. A côté de la reprise de dette par accord entre le créancier et le nouveau débiteur (§ 414), il y a la reprise par accord entre le cédant et le cessionnaire (§ 415). Cette dernière suppose un consentement du créancier cédé. Cependant, il a toujours été admis que ce consentement n'était qu'une ratification qui opère rétroactivement, c'est-à-dire que la cession remonte à la conclusion du contrat de cession entre le cédant et le cessionnaire.

En suivant le B.G.B., vers 1910, la plupart des auteurs japonais ont admis la reprise de dette par accord entre le cédant et le cessionnaire, même le code civil japonais ne l'a pas rédigée. Après avoir fixé la reprise de dette comme institution juridique, on s'intéressait à la cession de contrat, parce que l'on se demandait si on pouvait céder la créance et la dette ensemble, ou la situation de partie contractuelle, par un seul contrat. Et dès l'année 50, inspiré par la doctrine allemande, on a admis la cession de contrat. Mais, même aujourd'hui, il n'y a pas de conformité d'opinions sur la condition de la cession de contrat. En effet, on n'a pas d'articles généraux sur cette institution et on ne comprend pas bien la fonction ou l'utilité économique de celle-ci.

5—**La condition et l'effet de la cession de contrat.** Quant à la condition de la cession de contrat, la plupart des auteurs insistent sur le consentement du cédé. En effet, la cession de contrat contient la reprise de dette qui suppose le consentement du créancier cédé.

Mais quelques auteurs soutiennent l'inutilité du consentement du cédé, en considérant la cession de contrat comme la cession de créance. D'après eux, la situation de la partie contractuelle est un bien comme la créance. Aussi, en principe, on peut la céder librement, sans l'intervention du cédé. Cependant, il ne faut pas admettre le changement du débiteur sans l'intervention du créancier, puisque l'on ne peut forcer le créancier, au mépris de sa volonté, à un nouveau débiteur. Donc, dans cette opinion, pour libérer l'ancien débiteur, il est nécessaire que le cédé donne son consentement à la cession de contrat préalablement ou postérieurement à celle-ci.

En ce qui concerne l'effet de la cession de contrat, on insiste sur la transmission des droits potestatifs tels que le droit de résolution, le droit de résiliation. Cette notion de droit potestatif est en effet pratiquement ignorée du droit français et elle vient d'Allemagne au Japon. Et on pense que ce type de droit ne peut être transféré par la

cession de créance ou la reprise de dette, mais uniquement par la cession de contrat. Pourtant, quant au droit de nullité relative, on ne peut en trouver d'exemple dans la jurisprudence japonaise. En plus, sur le droit de résolution, on n'en a trouvé d'exemple que dans un très vieil arrêt des années 20. Aussi, si la cession de contrat n'avait que le mérite de la transmission du droit potestatif, cette institution n'aurait pas grande valeur en tant qu'institution juridique.

Alors, récemment au Japon, un professeur confère la controverse française sur la cession de contrat. Inspiré de la thèse de M. Aynès, il pense que la cession de contrat a le mérite du changement d'une partie contractuelle en continuant le contrat successif. A savoir, dans tous les systèmes juridiques, seule la cession de contrat peut changer une partie contractuelle sans la rupture des relations contractuelles.⁴⁾

Or, dans le droit français actuel, comment pense-t-on la condition de la cession de contrat ? Sur cette question, il est convenable que l'on distingue la période antérieure et postérieure à un arrêt de 1997.

III La situation du droit français

6—Avant l'arrêt de la chambre commerciale de 1997.⁵⁾ La jurisprudence française antérieure aux arrêts de la chambre commerciale de 1997 était très audacieuse. En effet, en dépit du silence du Code civil sur la cession conventionnelle de contrat, les juges l'admettaient sans hésitation et pour eux, elle pouvait être réalisée sans qu'il fut nécessaire d'exiger le consentement du cédé.

Telle était la position qui avait été adoptée par la Cour de cassation en ce qui concerne la cession de bail. Dans un arrêt du 7 janvier 1947,⁶⁾ la chambre civile avait décidé «qu'en l'absence de toute convention particulière et de circonstances spéciales, les cessionnaires successifs d'un droit au bail deviennent, par l'effet même de la cession du contrat synallagmatique du contrat de louage, débiteurs du bailleur originaire». La Cour de cassation ne subordonnait pas la validité de la cession de contrat au consentement du bailleur cédé en ce qu'elle considérait que l'accord du cédant et du cessionnaire rendait le second débiteur du cédé sans que pour autant le cédant fût déchargé de son obligation envers celui-ci. Il en résultait que, dans l'hypothèse de cessions successives, tous les cessionnaires étaient tenus envers le cédé, y compris, bien entendu, le cédant initial.

Certes, l'accord du cédé n'était pas indifférent, mais il avait pour objet d'atteindre la libération du cédant et non pas de lier le cessionnaire au cédé. En d'autres termes, on se passait du consentement du cédé pour réaliser une cession de contrat, c'est-à-dire non seulement pour faire peser sur le cessionnaire l'obligation du cédant,

parallèlement à la transmission à son profit de la créance du cédant contre le cédé, mais encore et surtout pour permettre au cédé d'agir en exécution de l'obligation contre le cessionnaire.

On pouvait dès lors distinguer entre une cession imparfaite de contrat, dans laquelle le cédant n'était pas libéré, puisque cette libération supposait le consentement du cédé, et une cession parfaite dans laquelle le cédant était libéré par la volonté du cédé.

L'affirmation de l'existence d'un lien entre le cessionnaire et le cédé sans l'accord de ce dernier avait été reprise dans un arrêt remarqué de la première chambre civile du 14 décembre 1982 rendu à propos de la cession du bénéfice d'une promesse de vente. Là, on ne devait pas douter de la position du droit français. Non seulement, celui-ci connaissait la cession de contrat, mais encore le consentement du cédé n'était pas une condition de la cession de contrat, l'effet de ce consentement étant seulement libératoire de l'obligation du cédant.

7—un arrêt de 1977. Dans ces conditions, la position adoptée par la chambre commerciale en 1997⁷⁾ constitue bel et bien un revirement de jurisprudence.

Le 6 mai 1997, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu deux arrêts sur la condition de la cession de contrat, dont l'un a éveillé l'intérêt de la doctrine. En effet, dans cet arrêt, il s'agissait de savoir si le contrat passé entre deux parties peut être cédé par l'une d'entre elles, et dans quelle condition peut être donné le consentement du cédé. C'est-à-dire que la chambre commerciale a décidé, à propos d'une action en paiement intentée par le cessionnaire d'un contrat contre le cédé et déclarée bien fondée par une cour d'appel, que les juges du fond n'ont pas donné de base légale à leur décision en ne recherchant pas si, dans le contrat conclu entre les deux parties originaires ou ultérieurement, le cédé avait donné son consentement à la substitution de son contractant.

Il résulte de cet arrêt que la cession conventionnelle de contrat ne peut intervenir sans le consentement du cédé, au contraire de la jurisprudence antérieure à 1997.

Cette solution a divisé la doctrine. Certains commentateurs en ont déduit que cet arrêt condamnait la notion même de cession de contrat. Ils considèrent, sur le fondement de la conception personaliste de l'obligation, que le remplacement d'une partie par un tiers impliquerait la conclusion d'un contrat nouveau avec le cessionnaire. C'est-à-dire que, dans l'opération de la cession de contrat, il est toujours nécessaire que le cédé donne son consentement à la cession pour créer une relation contractuelle avec le cessionnaire.⁸⁾

Mais cette conception ne répond pas aux intentions des parties, bien qu'elle corresponde à la position traditionnelle du droit français qui n'admet pas la reprise de dette. En effet, elle est la négation même de la succession à titre particulier à la créance et à la dette que doit réaliser la cession de contrat. Elle ramène purement et simplement la cession de contrat à une opération proche sinon même identique à la novation ou à la délégation. Tandis que la cession fait passer du patrimoine du cédant dans celui du cessionnaire les droits et obligations issus du contrat cédé, la novation et la délégation créent un nouveau rapport de droit. Sur la cession de contrat, il s'agit de faire entrer le cessionnaire dans le lien préexistant entre le cédant et le cédé. Telle est la succession à titre particulier au rapport d'obligation, qui est la caractéristique de la cession.

Alors, d'autres commentateurs critiquent la solution de l'arrêt de 1997, sur le fondement d'une conception patrimoniale et objective de l'obligation, laquelle correspond à une évolution essentielle depuis le droit romain jusqu'à nos jours. Ils estiment que la cession de contrat ne suppose pas le consentement du cédé sinon pour libérer le cédant. Pourtant, même selon cette conception, si le contrat n'est pas cessible, par exemple lorsqu'il y a *intuitu personae* ou une clause d'incessibilité, il est indispensable que le cédé donne son consentement préalablement ou postérieurement à la cession de contrat, car ce consentement peut rendre ce contrat cessible. Dans ce cas, le consentement du cédé ne crée pas un lien nouveau entre lui et le cessionnaire, mais il rend le contrat cessible.¹⁰⁾

Or, dans un arrêt de 1997, la chambre commerciale ne critiquerait pas clairement la cession ou la succession à titre particulier de contrat, alors qu'elle demandait le consentement du cédé comme la condition de celle-ci. On peut donc y trouver d'autre interprétation sur cet arrêt. C'est-à-dire que, selon M. Aynès, la chambre commerciale a décidé que le contrat est incessible en l'absence de consentement du cédé et que ce consentement n'est pas de rendre le cédé partie contractuelle, mais de lever un obstacle, l'incessibilité du contrat.¹¹⁾

Si cette interprétation était juste, on pourrait dire que le rôle du consentement du cédé est clairement identifié, soit par la conception patrimoniale de l'obligation, soit par la position de la chambre commerciale : il est de rendre le contrat cessible.

8—Résumé. En résumé, hors de la conception personnaliste de l'obligation, selon laquelle l'objet du consentement du cédé est de créer un lien nouveau entre le cédé et le cessionnaire et qui ne correspond pas aux intentions des parties, on pourrait trouver deux positions sur la condition de la cession conventionnelle de

contrat.

L'un pense que le contrat est en principe cessible. Selon cette opinion, le contrat est un patrimoine comme une créance et il est aptitude à circuler sinon la présence d'un *intuitu personae* ou d'une clause d'incessibilité. Mais, si le cédé donne son consentement à la cession, ces obstacles disparaissent. Dans cette interprétation, le consentement du cédé n'est pas essentiellement la condition de la cession de contrat. Et s'il était nécessaire à la cession, son rôle serait de libérer le cédant, ou bien de rendre le contrat cessible, lorsque ce contrat se caractérise par *intuitu personae* ou par la clause d'incessibilité.

L'autre soutient que le contrat est en principe incessible. Selon cette interprétation, en l'absence de consentement du cédé, le contrat est incessible. En d'autres termes, le consentement du cédé est la condition de la cession conventionnelle de contrat. Pourtant, le rôle de celui-ci n'est pas de lier le cédé au cessionnaire, mais de rendre le contrat cessible. Une fois que le cédé donne, préalablement ou postérieurement à la cession, son consentement, ce contrat pourrait être circulé par accord entre le cédant et le cessionnaire.

L'un et l'autre sont identifiés sur l'interprétation du rôle du consentement du cédé : rendre le contrat cessible ou le lever un obstacle pour circuler le contrat. Mais, il y a une différence très importante entre les deux positions. C'est-à-dire que la question est de savoir si le contrat est en principe cessible. Sur cette question, on va voir la jurisprudence récente au Japon, parce que cette question a surgi. Cela mériterait de les consulter alors qu'il y a quelques différences entre l'institution juridique de la France et celle du Japon. En effet, la conception de contrat ne serait pas différente entre les deux pays.

IV La position récente au Japon

9—**La cession de bail.** Dans le code civil japonais, l'opération de la cession de contrat n'est pas inconcevable, puisque les rédacteurs du Code ont rédigé la cession de bail dans l'art. 612, selon lequel «le preneur n'a pas le droit de céder son bail... si le bailleur n'a pas donné son consentement à cette opération» et la doctrine a considéré unanimement la cession de bail comme une cession de contrat.

Mais, à la différence du code civil français, il interdit au preneur, sans le consentement du bailleur, de céder son bail. En d'autre terme, la cession de bail suppose le consentement du bailleur cédé. Alors, la doctrine pensait que, comme la cession de bail comprend non seulement la cession de créance mais la cession de dette, le bailleur était obligé de donner son consentement pour libérer le cédant. A savoir, on

pensait que ce consentement était la condition de la cession de dette qui était comprise dans la cession de bail. Et la plupart des auteurs ont soutenu que le consentement du cédé est en général la condition indispensable des cessions de contrat.

Cependant, si l'on consulte le procès de la rédaction du code civil, on aperçoit que cette opinion n'est pas convaincante. Les rédacteurs du code n'ont pas tenu compte de la cession de dette, parce qu'ils ne l'ont connue qu'après la rédaction du code. Ils ont pensé que le contrat de bail était un contrat qui était marqué à l'intuitu personae. En effet, il est normal que le bailleur sélectionne son locataire lors de la conclusion du contrat de bail, car les usages des appartements sont très différents selon le métier, le caractère des personnes. Par exemple, si le bailleur a l'intention de conserver la propreté de son appartement, il ne le prête pas au peintre. Le preneur ne peut donc céder son bail sans consentement du bailleur et on ne peut forcer le bailleur à un nouveau locataire.¹²⁾

On en déduit qu'une condition de la cession de contrat est le consentement du cédé, non pas pour lier le cessionnaire et le cédé, mais pour pouvoir céder le contrat. Mais, cette déduction n'est pas correcte. En effet, si cela est vrai dans la cession de bail et que l'on ne voit pas dans la cession de bail une cession de contrat, elle n'a pas grand sens. Il faut que l'on examine si les contrats, sinon le contrat de bail, sont cessibles.

10—Des contrats successifs. Dans la cession de contrat, la plupart des contrats qui sont l'objet de la cession sont les contrats successifs tels que le contrat de bail, le contrat de travail, le contrat de concession etc. Et il est certain que la cession de contrat présente surtout son intérêt pour les contrats successifs ou à exécution successive. Par exemple, d'une part, pour le cédant, il pourrait se dégager d'un contrat dont l'exécution risquant de s'échelonner pendant une longue période, lorsqu'il a été en difficulté. D'autre part, pour le cédé, il a intérêt à continuer le contrat grâce à cette institution, bien que son co-contractant ait changé.

En ce qui concerne un contrat à exécution instantanée, il ne s'agit pas normalement de la cession de contrat. Cela suppose, au moins, que le cédant n'a pas encore exécuté ses obligations envers son co-contractant, le cédé et que ce dernier ne s'est pas lui-même déjà exécuté envers lui, sinon il y aurait, soit simple cession de créances, soit simple cession de dettes. En plus, un contrat translatif comme la vente n'est pas susceptible de faire l'objet d'une cession, parce que la cession suppose que le contrat se poursuive avec le cessionnaire. En réalité, la cession de vente n'est que la revente qui transfère l'objet de la vente originaire. Alors, seuls les contrats

successifs peuvent être objets de cession.

Si c'est vrai, il faut que l'on se demande si les contrats successifs sont cessibles.

Tout d'abord, dans les contrats successifs, le contrat marqué surtout par l'intuitu personae n'est pas cessible sinon par le consentement du cédé. Par exemple, dans un arrêt du 31 mars 1913¹³⁾, l'ancienne cour suprême japonaise a décidé que, sur le contrat du mandat, il n'était pas cessible car la satisfaction mutuelle du mandant et du mandataire dépendait de la personnalité de son contractant et que le mandant ne pouvait donc céder son droit, position de la partie contractuelle, librement à un tiers. Mais, la cour a décidé que malgré l'intuitu personae, la cession de contrat de mandat devenait valable si le cédé, mandataire, y avait consenti.

Cependant, la cour suprême dans un arrêt du 29 septembre 1955¹⁴⁾ énonce que, pour valider la cession de contrat, le consentement du cédé est nécessaire parce qu'elle comprend la cession de dette qui suppose cette condition. Dans cet arrêt, il s'agit du contrat de louage d'ouvrage qui est un contrat conclu intuitu personae. Selon l'ancienne cour, ce type de contrat n'est pas cessible sans le consentement du cédé. En d'autres termes, le consentement est une condition de cession pour rendre ce contrat cessible, non pas pour valider la cession de dette qui est comprise dans la cession de contrat. On peut y trouver une confusion de deux objets de consentement du cédé ; l'un est de rendre le contrat cessible et l'autre est de valider la cession de dette, alors qu'en tout cas, il faut le consentement du cédé comme condition de la cession.

Après cette décision, il n'y a pas d'arrêts de la cour suprême sur ce point. Mais, on peut le trouver dans des arrêts des tribunaux.

11—Deux arrêts des tribunaux. Sur la condition de la cession de contrat, on peut citer deux arrêts récents des tribunaux. Les deux sont sur le contrat successif : l'un est de contrat de fourniture et l'autre est de contrat de franchisage.

D'abord, dans un arrêt du tribunal de Kyoto du 12 janvier 1965¹⁵⁾, il s'agissait d'un contrat à exécution successive, dont l'objet était du sucre. Une société, un fournisseur de sucre, a conclu une vente successive des sucres avec un marchand, le cédé, dont l'immeuble était hypothéqué pour le fournisseur. Après la conclusion de ce contrat, le fournisseur a vendu son entreprise à une autre société, le cessionnaire, et le cédé a donné son consentement à cette cession. Le marchand, le cédé, était en difficulté et le cessionnaire a prétendu à l'hypothèque qu'il avait obtenue avec la position contractuelle de fournisseur. Mais, le cédé n'a pas admis la continuation de contrat successif.

Dans cette hypothèse, le tribunal de Kyoto énonce qu'à la différence avec la

cession de créance, le consentement du cédé est une condition de la cession de contrat pour continuer le contrat à exécution successive et que le cédé a donné ce consentement à la cession. Il a donc admis la prétention du cessionnaire.

Ensuite, dans un arrêt du 19 septembre 1996¹⁶⁾, la cour d'appel de Fukuoka a admis plus clairement cette condition de la cession de contrat. Une clause dans un contrat de franchisage entre deux sociétés, le franchiseur et le franchisé, a rédigé qu'il ne faut pas céder la position contractuelle de franchisé sans le consentement du franchiseur. Sur l'interprétation de cette clause, la cour d'appel énonce que le consentement du franchiseur est indispensable pour que le franchisé transfère sa position contractuelle, car le franchiseur ne se désintéresse pas de la personne de son contractant, le franchisé, et qu'il a le droit de le sélectionner. Selon cet arrêt, dans le contrat de franchisage qui est un des contrats successifs, la position contractuelle est en principe incessible et il faut le consentement du cédé pour la rendre cessible.

12—Le contrat du club de golf.¹⁷⁾ Au contraire de ces contrats, on peut trouver un des contrats successifs, lequel ne se soumettrait pas au consentement du cédé pour le faire céder à un tiers. C'est le contrat du club de golf. Ce problème est très spécial au Japon, comme vous le verrez. Cependant, après la chute de l'économie japonaise, beaucoup de jurisprudences surgissent sur ce problème.

Les années 70, le nombre de clubs de golf se multipliait au Japon, car, à cette époque-là, le golf était à la mode et que la plupart des hommes d'affaires jouaient au golf pour faire leurs affaires avec leurs clients. Mais, la superficie du Japon, dont la plus grande partie est formée de montagnes, n'est que d'un sur trois celle de la France. Alors, on ne pouvait construire des terrains de golf et les membres des clubs, qui achètent l'acte de membre ou le droit de jouer au golf dans chaque terrain de golf, sont très limités. C'est pourquoi les actes de membre du golf ont des valeurs marchandes et qu'ils sont aisément négociables comme les actions.

Or, lors de la conclusion d'un contrat, il faut donner une garantie au club, la société qui gère le terrain de golf. Et chaque membre est obligé de payer sa part. En contrepartie, il peut l'utiliser préférentiellement. Il en résulte que l'acte de membre n'est pas simplement un papier, mais une position contractuelle de contrat de golf. Sur la qualité de l'acte de golf, un arrêt du 25 juillet 1975 de la cour suprême japonaise¹⁸⁾ énonce que l'acte de golf est une position contractuelle comprenant le droit d'utiliser la station de golf, de réclamer la restitution de garantie lors de la démission, l'obligation de payer sa part. Et ce contrat est, bien entendu, un contrat successif.

On se demande donc si cet acte, le contrat de golf, est cessible. Sur cette question, un arrêt du 12 juillet 1996 de la cour suprême¹⁹⁾ décide qu'en principe, il n'est pas cessible sans le consentement du cédé, la société de golf. Mais, s'il n'y a pas ce consentement, le cessionnaire obtient valablement cet acte alors qu'il ne pourrait pas opposer son droit au cédé sans son consentement.

Il en résulte que l'on peut céder valablement son acte de golf, au tiers sans le consentement du cédé, au moins entre le cédant et le cessionnaire, alors que ce dernier ne pourrait pas opposer son droit au cédé.

Le problème est de savoir pourquoi on peut transférer le contrat de golf sans le consentement du cédé, tandis que les autres contrats successifs sont incessibles. En d'autres termes, quelle est la différence entre le contrat de golf et les autres.

Sur cette question, on peut remarquer que l'on vend et achète fréquemment des actes de golf, contrats de golf. En conséquence, ils ont une valeur marchande comme les actions. Or, selon le code de commerce japonais (art. 204 et suiv.), si la société anonyme interdit la vente de son action sans le consentement de cette société par ses statuts et qu'elle ne l'a pas donné à la cession des actions, cette cession est valable, au moins, entre le cédant et le cessionnaire, alors que le cessionnaire ne pourrait l'opposer à la société. Cette position est la même chose que celle de la cour de cassation sur la cession de l'acte de golf.

Je pense donc que la cour suprême a considéré la cession de contrat de golf, cession de l'acte de golf, comme celle des actions. En effet, tous les deux sont devenus les objets de transaction et on est obligé de protéger la circulation de ces droits. En d'autres termes, le contrat de golf est un patrimoine, lequel est mis en circulation.

13—Le rôle du consentement du cédé. On se demande encore une fois si le contrat successif est cessible. Je réponds à cette question que cela dépend des contrats. Mais, la plupart des contrats successifs, qui forment le domaine naturel de la cession de contrat, sont incessibles sans le consentement du cédé. En effet, lors de la conclusion d'un contrat successif, il est normal que le contractant ne se désintéresse pas de la personne de son partenaire comme sa qualité, sa capacité pour ses affaires, sa solvabilité etc, car, une fois le contrat formé, il sera contraint de continuer une relation avec son partenaire pendant une longue durée et qu'une grande circonspection s'impose avant de sélectionner son partenaire. A savoir, beaucoup de contrats à exécutions successives sont marqués par l'intuitu personae. Au moins, de nos jours, les principaux types de contrats successifs sont en intuitu personae, par exemple, le contrat de franchisage, le contrat de distribution sélective.

En réalité, il est ordinaire que l'intuitu personae sont imprimé au prétendu contrat-cadre, qui se distingue plus précisément du contrat à exécutions successives à raison de la nécessité d'un double consentement à sa mise en oeuvre (consentement au contrat-cadre puis aux contrats d'applications). A savoir, dans le contrat-cadre, on peut trouver une clause d'agrément conditionnant la cession de contrat à l'acquiescement du cessionnaire par le cédé.

Cependant, on peut apprécier que quelques contrats successifs, tels que la part sociale, le contrat de golf du Japon, la promesse de vente, sont patrimoniaux. Lorsque l'on transfère ces contrats, l'on peut les céder sans le consentement du cédé comme la cession de créance. En réalité, dans l'arrêt précité du 12 juillet 1996, la cour suprême japonaise énonce qu'il faut que l'on signifie la cession de contrat de golf au cédé, la société du golf, pour y opposer cette cession selon l'art. 467 du code civil japonais, lequel correspond à l'art. 1690 du code civil français.

V Conclusion

14—L'évolution de la conception de l'obligation. Dans le droit romain, comme vous le savez, on ne pouvait céder au tiers ni la dette ni la créance selon la conception «persönliches Band = lien d'ordre personnel». Et il est certain que, depuis le droit romain, toute l'évolution de la cession à titre particulier de l'obligation, soit du point de vue de la créance ou de celui de la dette, allait dans le sens d'une patrimonialisation ou d'une objectivisation du rapport d'obligation. D'après M. Larroumet, on voulait y voir de plus en plus l'élément actif ou passif que constitue l'obligation au détriment du lien d'ordre personnel. Il prétend que mettre l'accent sur le lien d'ordre personnel entre le créancier et le débiteur revient à nier la possibilité de transmettre la créance ou la dette. Certes, c'était la solution du droit romain qui ne consacrait la cession de créance que par la novation ou le mandat. Et dans la novation, puisqu'un nouveau rapport est crée entre le cessionnaire et le cédé, on ne pourrait la considérer comme la succession à titre particulier.

Je suis tout à fait d'accord avec cette opinion selon laquelle il ne faut pas revenir au droit romain sur la cession de créance ou de dette. Et à l'avenir, il se peut que l'on puisse céder tous les contrats, s'étant écarté de la conceptions subjective de contrat. Mais, en ce moment, je ne le pense pas encore. La plupart des contrats successifs qui forment le domaine de la cession de contrat est incessible sans le consentement du cédé.

Par exemple, dans le contrat de franchisage, si on admet que le franchise transfère sa position contractuelle sans le consentement du franchiseur, ce dernier sera forcé

de continuer son contrat avec le cessionnaire, dans l'ignorance du changement de son partenaire, lequel ne serait pas compétent en gestion. En réalité, comme je vous l'ai dit, il est normal que, dans le contrat-cadre tel que le contrat de franchisage, une clause de l'incessibilité de contrat soit insérée.

Cependant, dans quelques contrats successifs, il apparaît que l'on se désintéresse de la personne de son partenaire. Par exemple, lors de la conclusion du contrat de bail, le locataire se désintéresse de son bailleur, car il serait satisfait de l'appartement, non pas de la personne de son bailleur, alors que ce dernier apprécie la personne de son locataire. Dans la cession légale de contrat, telle que l'art. 1743 du code civil, on pourrait trouver des exemples. En effet, ces types de contrats ne sont pas marqués par l'intuitu personae, mais plutôt par l'intuitu rei. Alors, dans ces hypothèses, on pourrait céder son contrat sans le consentement du cédé. En d'autres termes, cette cession de contrat est toujours accessoire à l'aliénation du bien auquel elle se rapporte.

En plus, on peut considérer quelques contrats successifs parmi les autres comme des patrimoines, lesquels sont transférés sans le consentement du cédé. Comme exemples, j'ai cité la part sociale de la société anonyme et le contrat de golf au Japon.

15—Conditions de la cession. On revient au problème précédent, c'est-à-dire que l'on va examiner quelle est la condition de la cession de contrat. J'y répondrais que ça dépend des contrats. Mais, dans les grandes lignes, on peut distinguer trois types de contrats successifs.

Tout d'abord, quelques contrats tels que le contrat de bail, le contrat d'assurance sur une chose, présentent la caractéristique «intuitu rei» et leurs cessions sont toujours accessoires à l'aliénation du bien auquel elles se rapportent. Dans cette hypothèse, le consentement du cédé n'est pas nécessaire et en principe, le cédant sera libéré. En effet, il est normal que, dans ce type de contrats successifs, le contractant ne s'intéresse pas à la personne de son partenaire, mais à la chose elle-même. Si la chose était transférée au tiers, le cédé aurait intérêt à continuer son contrat avec le cessionnaire de cette chose alors que le cédant n'y aurait plus intérêt.

Ensuite, on apprécierait que quelques contrats tels que le contrat de golf, aient de la valeur comme les autres patrimoines y compris la créance. Alors, on pourrait les transférer facilement comme la créance, c'est-à-dire que le consentement du cédé ne serait pas nécessaire pour les céder alors qu'il faudrait remplir la procédure de l'art. 1690 du code civil pour annoncer la cession au cédé. Toutefois, il est évident que le cédant ne pourra jamais être libéré de ses obligations, qui sont comprises dans le

contrat, envers le cédé sans l'accord de ce dernier. Par conséquent, admettre la cession de contrat sans l'accord du cédé revient uniquement à décider de l'existence d'un rapport contractuel entre le cédé et le cessionnaire par le simple échange des consentements du cédant et du cessionnaire sans faire disparaître pour autant le droit du cédé contre le cédant. En d'autres termes, pour libérer le cédant de son obligation envers le cédé, il faut un accord du cédé autre que celui pour rendre le contrat cessible.

Enfin, à mon sens, la plupart des contrats successifs sont marqués par l'intuitu personae dans l'intérêt du cédé. Par conséquent, ces contrats ne sont pas cessibles sans le consentement du cédé. Ce consentement sera nécessaire, non pas tant comme condition de validité de la cession que pour lever l'interdiction de celle-ci. En réalité, dans la plupart des contrats-cadres tels que le contrat de concession, le contrat de franchisage, on peut trouver une clause d'incessibilité du contrat. Cependant, une fois que le cédé a donné son consentement préalablement ou postérieurement à la cession, le cédant pourrait transférer valablement son contrat au tiers, cessionnaire. Dans cette hypothèse, il faut la signification de la cession, l'art. 1690 du code civil, et pour libérer le cédant, le consentement du cédé sera nécessaire. Aussi, le consentement double du cédé est théoriquement nécessaire ; l'un est de rendre le contrat cessible et l'autre est de libérer son débiteur, cédant. Mais, en réalité, un consentement du cédé aurait en même temps ce double rôle.

16—Fonction de la cession de contrat. Or, en France, M. Larroumet et M. Aynès²¹⁾ ont prétendu que le contrat est en principe cessible comme la créance. A la différence de leurs opinions, je pense que le contrat, surtout le contrat successif, est encore un lien entre deux ou plusieurs personnes alors que les éléments du contrat tels que la créance, la dette, ne sont que des patrimoines et lesquels sont transférés librement au tiers. Il en résulte que le contrat successif n'est pas en principe cessible sans le consentement du cédé.

Cependant, notre divergence n'est pas si grande. En effet, selon la doctrine française, si le contrat dont la cession est envisagée est marqué par l'intuitu personae dans l'intérêt du cédé, le consentement de celui-ci sera nécessaire pour lever l'interdiction de cession, alors qu'il y aurait divergence d'opinion si l'on partait du principe que le contrat est cessible. Et à mon sens, la plupart des contrats successifs sont incessibles sans le consentement du cédé parce que le contrat successif est en principe un lien personnel, même de nos jours.

Par ailleurs, si le contrat n'est pas cessible à la différence de la créance ou de la

dette, on est obligé de distinguer la cession de contrat et la cession de créance ou de dette. Et pratiquement, on peut trouver, comme M. Aynès l'a indiqué dans sa thèse, une différence des fonctions ou des utilités entre la cession de contrat et celle de créance ou de dette. D'une part, la cession de créance et de dette a pour objet un paiement, l'extinction d'une obligation contractuelle par la prestation d'un tiers. D'autre part, la cession de contrat a pour objet le maintien de l'obligation contractuelle en dépit du changement de l'une des parties. En d'autres termes, parmi toutes les opérations du code civil, seule la cession de contrat investit un tiers de la qualité de partie contractuelle.

Je crois que la cession de contrat diffère des autres opérations. Et au fur et à mesure que les contrats successifs se multiplient dans notre société, elle sera de plus en plus importante pour assurer la continuation du contrat.

Tokyo, le 22 janvier 2001.

NOTES

- 1) Ph. Malaurie, La cession de contrat, Cours de Doctrat Paris II 1975-1976, Paris, 1976, p. 199.
- 2) Malaurie, *ibid.*, p. 231.
- 3) M. Nozawa, Essai sur la transmission de la situation de partie contractuelle (1), Rikkyo Hogaku, No. 39, 1994, Tokyo, pp. 1-98. spéc. pp. 92-98.
- 4) Nozawa, Essai sur la transmission de la situation de partie contractuelle (2), Rikkyo Hogaku, No. 41, 1995, Tokyo, p. 105 et suiv.
- 5) Ch. Larroumet, La cession de contrat : Une régression du droit français?, inédit., 2000, n° 5.
- 6) D. 1947. 163 ; J.C.P. 1947. II. 3510 note Becqé.
- 7) Com. 6 mai 1997, D. 1997. 588, note M. Billiau et Ch. Jamin, J.C.P. 1997, éd. E. II. 1027, note L. Leveneur, Rep. not. 1997. 977, note D. Mazeaud, D. 1999. Somm. 136, obs. Le Nabasque, Rev. trim. dr. civ. 1997. 936, obs. J. Mestre.
- 8) Billiau et Jamin, *ibid.*, n° 10, p. 591.
- 9) F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, 6^e éd., Dalloz, 1996, p. 974 note 2.
- 10) L. Aynès, Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé, D. 1998, Chroniques, n° 9, p. 26.
- 11) Aynès, *ibid.*, p. 26.
- 12) Nozawa, *op. cit.* (note 4), p. 74 et suiv.

- 13) 評論全集 2 民 127。
- 14) 民集 9 卷 10 号 1472 頁。
- 15) 下民集 16 卷 1 号 1 頁。
- 16) 判タ 939 号 172 頁。
- 17) M. Nozawa, Essai sur la fonction de la cession de contrat : Cessibilité du contrat et consentement du cédé (3), Rikkyo Hogaku, No. 56, Tokyo, 2000, p. 36 et suiv.
- 18) 民集 29 卷 6 号 1147 頁。
- 19) 民集 50 卷 7 号 1918 頁。
- 20) Larroumet, op. cit. (note 5), n° 8.
- 21) Larroumet, ibid., n° 10 et Aynès, op. cit. (note 10), p. 26.
- 22) L. Aynès, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, Paris, 1984, n° 166, p. 124.

【付記】 本稿は、筆者が、2001年3月15日にパリ第2大学D.E.A. (大学院博士課程) において行った講義のために書いたものです。