

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTE DE DROIT

CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS

La transmission des obligations

de lege ferenda.

par Marcel FONTAINE

Doc.79/6

Rapport de clôture des IXèmes Journées
d'Etudes Juridiques J. Dabin
(23-24 novembre 1978), destiné à être
publié, fin 1979, dans les Actes de ces
Journées.

LA TRANSMISSION DES OBLIGATIONS DE LEGE FERENDA
 ++++++

	<u>Pages</u>
<u>Introduction.</u>	1
 <u>I. LE REGIME GENERAL DE LA TRANSMISSION DES OBLIGATIONS</u>	 4
A) <u>Réflexions générales.</u>	4
1. <u>L'évolution historique.</u>	4
2. <u>L'intérêt économique.</u>	8
a- L'obligation, valeur économique.	8
b- Transmission des obligations et fluidité des rela- tions économiques.	 9
B) <u>La transmission des créances.</u>	10
1. <u>La cession de créance.</u>	10
a- Formation et opposabilité.	11
b- Opposabilité des exceptions.	18
c- Etendue de la cession.	20
d- Acte d'obligation et acte de disposition.	21
e- Autres questions.	23
2. <u>La subrogation personnelle.</u>	24
a- La subrogation conventionnelle.	24
1. Consentie par le créancier.	24
2. Consentie par le débiteur.	27
b- La subrogation légale.	28
3. <u>La novation par changement de créancier.</u>	32
4. <u>La délégation.</u>	33

5. <u>Les titres négociables.</u>	33
a- Opposabilité des exceptions.	34
b- Grosses hypothécaires à ordre et au porteur.	36
c- Une législation d'ensemble sur les titres négociables?	38
C) <u>La transmission des dettes.</u>	40
1. <u>La reprise de dette.</u>	41
2. <u>La délégation (et la novation).</u>	46
3. <u>La stipulation pour autrui.</u>	47
D) <u>La cession des contrats synallagmatiques.</u>	48
 II. <u>LES REGIMES SPECIAUX</u>	54
A) <u>Régimes particuliers de transfert des créances.</u>	56
1. <u>Allègement des formalités.</u>	56
a- Assurance-vie.	56
b- Assurance-crédit.	57
c- Affacturage.	57
d- Nouvelles techniques de mobilisation de certains crédits.	59
e- Usage de bandes magnétiques.	61
2. <u>Restriction à la cessibilité.</u>	63
a- Protection de la rémunération des travailleurs.	63
b- Cession et mise en gage de créances sur l'Etat.	64
c- Mise en gage et transfert fiduciaire des créances.	65
B) <u>Régimes particuliers de transfert des contrats.</u>	67
1. <u>Régimes liés à l'aliénation d'un bien.</u>	67
a- Assurances.	68
b- Transmission du bail à l'acquéreur de l'immeuble.	69
1. Régime général.	69
2. Baux commerciaux.	71
3. Baux à ferme.	72

2. <u>Régimes de transmissions universelles.</u>	73
a- Fusions de communes.	74
b- Fusions de sociétés.	76
c- Scissions de sociétés.	79
d- Cessions de branches d'activités et cessions de fonds de commerce.	80
3. <u>Autres régimes.</u>	82
a- Cession du bail par le preneur.	83
1. Régime général.	83
2. Baux commerciaux.	85
3. Baux à ferme.	86
b- Cession de portefeuille d'assurances.	87
<u>Conclusions générales.</u>	89

A V E R T I S S E M E N T
+++++

La présente étude est destinée à être publiée dans les Actes des IXèmes Journées d'Etudes Juridiques J. Dabin, fin 1979. Le lecteur de ce document de travail voudra bien excuser de nombreuses références incomplètes en bas de page, renvoyant à d'autres rapports destinés à être également publiés dans les Actes.

LA TRANSMISSION DES OBLIGATIONS DE LEGE FERENDA

Rapport de clôture

par le

Professeur M. FONTAINE

Directeur du Centre de Droit des Obligations

I N T R O D U C T I O N

Le choix du thème des IXèmes Journées d'Etudes Juridiques Jean Dabin résulte d'un parti-pris délibéré. Le droit des obligations ne manque pas de sujets grandioses. De très brillantes Journées auraient par exemple pu être consacrées aux tendances actuelles du droit de la responsabilité civile, ou aux mutations profondes du droit contemporain des contrats. Nous aurions cependant craint de céder à une certaine facilité en retenant un thème aussi démagogique. Au contraire, nous avons voulu consacrer ces IXèmes Journées à un sujet à première vue très austère et très technique, mais dont nous savions qu'il allait permettre de réaliser un travail constructif.

La transmission des obligations, en effet, n'évoque en soi rien d'exaltant. Mais il s'agit d'une matière où dans des secteurs extrêmement diversifiés, la pratique se heurte constamment à des difficultés nées des insuffisances des techniques du droit positif. L'occasion nous a paru belle de tenter de faire l'inventaire de ces difficultés, de mettre en évidence leurs causes et de proposer des remèdes, dans l'espoir bien arrêté que ces Journées auront, au moins sur certains points, des prolongements concrets de lege ferenda.

Le thème s'est avéré particulièrement riche. Nos débats d'hier et d'aujourd'hui ont mis en lumière la multiplicité des situations où se présentent des problèmes de transmission des obligations. Nous avons rencontré des personnages aussi variés que le locataire qui s'interroge sur ses relations avec le nouvel acquéreur des lieux, le salarié impliqué dans l'absorption de son entreprise, l'entrepreneur de travaux publics qui met en gage sa créance sur l'Etat, l'assureur qui cède son portefeuille à une autre compagnie, le cocontractant d'une commune disparue lors des récentes fusions, l'épargnant qui a consenti un prêt hypothécaire représenté par une grosse à ordre, le débiteur dont le créancier a transmis la facture à une société d'affacturage, et bien d'autres encore. Chapitre souvent discret des exposés du droit des obligations, la transmission des obligations connaît dans la pratique des applications aussi fréquentes que diversifiées.

Quant aux carences du droit positif, elles ont été amplement soulignées au cours de nos exposés et de nos discussions. Le Code Napoléon ne donne de la matière aucun traitement d'ensemble. La cession de créance est traitée à propos de la vente, la subrogation à propos du paiement, la délégation à propos de la novation. La reprise de dette est ignorée, comme l'est a fortiori la cession de contrat. Les dispositions existantes, d'autre part, présentent d'importantes déficiences. L'article 1690 du Code civil, particulièrement, gêne grandement les praticiens par la lourdeur de formalités qu'il impose.

Le droit positif de la transmission des obligations est cependant loin d'être confiné aux textes épars du Code civil. L'inventaire que ces Journées ont permis d'établir a révélé le très grand nombre de régimes particuliers existant en la matière. Ici,

nos réactions ont été partagées. Certains de ces régimes particuliers nous ont paru d'un grand intérêt, parce qu'ils mettent en oeuvre des techniques plus efficaces que celles du droit commun, et qu'ils fournissent ainsi des sources d'inspiration pour une réforme du régime général. Mais dans d'autres cas, les régimes particuliers eux aussi trahissent de graves déficiences, et nous devons à leur égard exercer également une réflexion de lege ferenda.

L'apport du droit comparé est important. Le rapport du Professeur Neumayer a montré à quel point les droits de plusieurs pays connaissent des techniques de transmission des obligations plus élaborées que les nôtres. Les exemples étrangers alimenteront fréquemment notre réflexion.

Quels seront le contenu et l'orientation de ce rapport final ? Il s'agira sans doute de tenter de faire la synthèse de ces Journées. Mais cette synthèse, nous voulons lui donner une direction bien particulière, en choisissant de retenir les principaux aspects de la transmission des obligations où nos débats ont mis en évidence l'opportunité de réformes législatives. Nous voudrions dégager ainsi une série de propositions précises, destinées à préparer la suite concrète que nous souhaitons donner à nos débats.

La première partie de nos réflexions sera consacrée aux orientations qui pourraient guider une réforme du régime général de la transmission des obligations. Dans une seconde partie il sera question des principales hypothèses appelant des régimes particuliers, toujours dans une perspective d'amélioration du droit positif.

I. Le régime général de la transmission des obligations.

Par régime général, nous entendons le régime de droit commun, par opposition aux régimes particuliers qui peuvent venir y déroger dans des hypothèses spécifiques. Tout système juridique doit évidemment comprendre un régime général de la transmission des obligations, applicable à défaut de règles particulières. Ce régime doit exprimer les solutions qui paraissent les plus adéquates aux situations les plus courantes, les régimes spéciaux apportant les variantes et correctifs justifiés par les particularités des hypothèses auxquelles ils se rapportent.

Un régime général de la transmission des obligations doit comprendre des règles applicables au transfert des créances, au transfert des dettes et au transfert des contrats synallagmatiques. Ces trois volets seront successivement examinés, mais au préalable, quelques réflexions générales permettront de mieux situer les options à prendre.

A) Réflexions générales.

1. L'évolution historique de notre thème est bien connue (1). A l'origine, le rapport d'obligation est essentiellement personnel ; il se crée par la voie de formalités solennelles,

(1) Cfr. notamment à ce sujet Y. HANNEQUART, La Transmission des Obligations, dans Les Nouvelles, Droit Civil, T. IV, vol. II, n° 2-21 ; J. GHESTIN, La transmission des obligations en droit positif français, supra, pp. , n° 2-3 (ci-après cité J. GHESTIN) ; il n'est pas question ici de la transmission pour cause de mort, dont l'évolution, plus rapidement accomplie, repose sur des bases différentes.

et ne lie que ceux qui ont pris part à ces formalités. Il est inconcevable que le rapport ainsi noué vienne à concerner un autre créancier ou un autre débiteur, substitués aux parties originaires. La seule possibilité de changer de créancier ou de débiteur est d'éteindre le rapport initial, et d'en recréer un semblable entre les nouveaux partenaires, en renouvelant les formes solennelles. C'est la novation. Mais le rapport initial a été anéanti ; les droits personnels ne peuvent "circuler".

Le recul du formalisme lève une partie des obstacles à la transmission des obligations. Mais le caractère personnel des droits de créance et obligations corrélatives reste marqué. Le créancier attend sa prestation d'un débiteur déterminé, et la personne de son créancier n'est pas indifférente au débiteur.

Devenir créancier, en effet, c'est faire crédit, c'est accorder sa confiance. Celle-ci est fondée sur une appréciation de qualités inhérentes à la personne du débiteur : son honnêteté, sa solvabilité, son aptitude à exécuter correctement la prestation promise. Un débiteur de remplacement ne présente pas nécessairement les mêmes caractéristiques.

Assumer la qualité de débiteur, d'autre part, c'est accepter de se soumettre aux recours de son créancier si l'on ne parvient pas à accomplir la prestation promise. Or pendant longtemps, le créancier dispose de moyens redoutables d'exécution sur la personne : châtiments corporels, réduction en esclavage, emprisonnement du débiteur. A cet égard, tel créancier peut être impitoyable, tel autre plus humain.

Le déclin du formalisme contractuel avait été un premier facteur favorable à la transmissibilité des obligations. Une autre évolution essentielle fut la substitution progressive de modes d'exécution sur les biens aux voies de contrainte sur la personne du débiteur. L'obligation devenant un engagement sur le patrimoine, les raisons de protéger le débiteur contre une substitution de créancier perdaient de leur acuité. Certes, il existe toujours des créanciers plus ou moins intransigeants, mais le débiteur ne risque plus d'être atteint dans sa chair ou sa liberté. Cette mutation des voies d'exécution contribuera à faire admettre qu'une créance puisse être transmise à un cessionnaire, sans l'intervention du débiteur. Tous les systèmes juridiques contemporains paraissent avoir atteint ce stade de l'évolution, du moins dans les droits romano-germaniques et socialistes (1).

Par contre, l'importance pour le créancier de la personne du débiteur est toujours considérée comme prépondérante. Certes, de nombreuses prestations, en soi, peuvent offrir au créancier la même satisfaction quelle que soit l'identité du solvens : par exemple, le paiement d'une somme d'argent. C'est ainsi qu'est généralement reconnu le principe qu'une dette peut être payée par quiconque (art. 1236 C.civ.), sauf si l'exécution correcte de la prestation dépend de qualifications personnelles au débiteur.

(1) Cfr. K. H. NEUMAYER, La transmission des obligations en droit comparé, supra, pp. (ci-après cité K. H. NEUMAYER). Le droit musulman, au contraire, écarte en principe la transmissibilité des créances entre vifs, alors qu'il admet celle des dettes (cfr. Ch. CHEHATA, Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite, Sirey, 1969, n° 101-113).

Mais au niveau de l'obligation elle-même, les considérations d'honnêteté et de solvabilité restent prépondérantes au point de continuer à interdire au débiteur de céder son engagement à un tiers, de manière à se libérer, sans le concours du créancier. Est-il concevable, de lege ferenda, de faire franchir à la transmission des dettes une étape supplémentaire et décisive ? L'évolution s'est déjà produite dans certaines hypothèses particulières. Mais aucun système juridique contemporain ne permet encore d'imposer au créancier un changement de débiteur, avec libération du débiteur initial, au niveau des règles de droit commun.

Nos discussions ont cependant mis en évidence la possibilité d'exploiter les ressources du droit positif pour construire, même sans l'accord du créancier, une opération très proche de la reprise de dette. Le débiteur initial peut, sans l'intervention du créancier, obtenir d'un tiers qu'il s'engage à payer sa dette, et le créancier, en raison de l'article 1236, ne pourra en principe pas refuser ce paiement. Le recours à la stipulation pour autrui, bien qu'il s'agisse d'une explication quelque peu artificielle, permet même de justifier la naissance d'un engagement du tiers envers le créancier. Il reste cependant que le débiteur initial n'est pas libéré (1).

(1) Sur cette analyse, cfr. notamment P. VAN OMMEFLAGHE, n° 56.

2. L'intérêt économique de la transmissibilité des obligations est manifeste.

a- De nombreuses analyses l'ont montré (1), le besoin de disposer de techniques de transmission est né avec la prise de conscience que l'obligation, lien de droit entre un créancier et un débiteur, représente également une valeur économique dans les patrimoines respectifs, valeur positive d'une part, valeur négative d'autre part.

Une créance est en effet un élément actif d'un patrimoine ; elle apparaît d'ailleurs à l'actif du bilan d'une entreprise. Bien incorporel, elle est susceptible de faire l'objet de diverses transactions, à l'instar des éléments corporels du patrimoine : vente, dation en paiement, mise en gage, usufruit, etc... Le besoin est notamment souvent ressenti de "mobiliser" une créance, en la vendant à un financier qui offrira au cédant un paiement immédiat, en prenant sur lui, contre rémunération, le poids du crédit consenti au débiteur. Lorsqu'un bien est aliéné, certaines des créances qui s'y rapportent (par exemple celles nées de contrats d'assurance) ne présentent plus d'intérêt pour le vendeur, alors que l'acquéreur souhaite pouvoir en disposer.

Quant à la valeur négative qu'est la dette, inscrite au passif du bilan, elle peut aussi faire l'objet de certaines opérations. Un débiteur peut notamment obtenir de son propre débiteur qu'il se libère en reprenant à son compte la dette du premier : celui-ci est désintéressé sous la forme de l'allègement de son passif.

(1) Cfr. notamment J. GHESTIN, n° 1.

b- Du point de vue économique, la transmissibilité des obligations constitue aussi un important et précieux assouplissement au principe de la convention-loi.

Ce principe est lui-même l'une des armatures juridiques essentielles du fonctionnement de l'économie (1). Dans l'incertitude ambiante du marché concurrentiel, les agents économiques trouvent dans la force obligatoire du contrat le moyen de créer des zones de sécurité, de résoudre des problèmes. Un contrat avec un fournisseur rassure l'entreprise sur ses approvisionnements, un contrat avec un client lui garantit l'écoulement de sa production.

Mais les circonstances peuvent changer. La force obligatoire du contrat apportait au départ la sécurité ; quelque temps plus tard, elle peut représenter une gêne considérable, si les engagements assumés ne correspondent plus à un besoin. Dès lors la possibilité de céder à un tiers les droits et/ou les obligations résultant du contrat présente pour l'entreprise un intérêt considérable. La transmissibilité des obligations est un facteur de fluidité des relations économiques. Elle empêche que le poids des contrats en cours ne paralyse dans certains cas les nouvelles initiatives qu'appelle le changement des circonstances.

(1) Cfr. notre étude Le droit des obligations et l'économie, Reflets et Perspectives, 1975, p. 50.

B) La transmission des créances.

Le premier volet du régime général de la transmission des obligations est constitué par les règles applicables à la transmission des créances. Plusieurs mécanismes sont en jeu. Le principal est celui de la cession de créance, dont l'aménagement par le Code Napoléon suscite d'importantes difficultés auxquelles, de lege ferenda, il conviendrait absolument de remédier. La subrogation personnelle joue aussi un rôle important dans la pratique actuelle, notamment parce qu'elle ne présente pas certains des inconvénients de la cession de créance. La novation par changement de créancier, quant à elle, ne mérite sans doute pas plus qu'une brève allusion. Mais on insistera davantage sur la technique des titres négociables. La délégation offre plus d'intérêt, dans certains cas (1).

1. La cession de créance.

L'existence d'un bon mécanisme de droit commun spécifiquement destiné à transférer les créances est évidemment essentielle. Notre droit positif organise la cession de créance aux articles 1689 à 1701 du Code civil, mais on en connaît les nombreuses déficiences. De lege ferenda, un examen critique de la cession de créance apparaît prioritaire.

Plusieurs questions méritent réflexion. La principale est certainement celle de l'agencement du régime de formation entre parties et du régime éventuellement distinct d'opposabilité aux tiers, y compris le débiteur cédé. Ce problème retiendra la majeure partie de notre attention. Il sera ensuite question de l'opposabilité des exceptions, de l'étendue de la cession et de la distinction entre acte d'obligation et acte de disposition.

(1) Il ne sera pas question ici de la stipulation pour autrui, qui fait naître un droit propre dans le chef d'un tiers, et ne constitue donc pas un mode de transmission des créances. Comp. cependant S. FREDERICQ, La transmission des obligations en droit des assurances, supra, pp. (ci-après cité S. FREDERICQ). Sur le rôle de la stipulation pour autrui en matière de transfert des dettes, cfr. infra, pp. 47-48.

La discussion tiendra compte du projet de réglementation uniforme de la cession des créances, élaboré par la Commission Benelux pour l'étude de l'harmonisation du droit et destiné à être soumis aux Ministres de la Justice des trois pays (1).

a- Formation et opposabilité.

En droit positif, la cession de créance est consensuelle entre parties (2), mais elle n'est opposable aux tiers y compris le débiteur cédé, qu'au prix du respect des formalités prévues à l'article 1690 du Code civil : signification au débiteur cédé, ou acceptation de celui-ci dans un acte authentique (3).

Le régime est critiqué principalement en raison de la lourdeur et du coût des formalités. On fait également remarquer que le système n'est guère efficace ni rationnel à l'égard des tiers autres que le débiteur ; ces tiers dépendent pour leur information du débiteur cédé, qui n'est en rien tenu de les éclairer.

En présence de ces difficultés, rendues très concrètes par le fait que les formalités de l'article 1690 sont souvent méconnues en pratique, que peut-on préconiser ?

(1) Ce projet, avec son exposé des motifs et le commentaire des articles, est publié infra, pp.

(2) C'est du moins la solution de principe ; lorsqu'elle est consentie à titre gratuit, la cession de créance doit respecter les formes solennelles requises.

(3) J. GHESTIN, n° 18, 22-25 ; P. VAN OMME-SLAGHE, n° 12-17.

Le remède peut se situer à deux niveaux différents. Une première attitude consiste à interpréter la portée des formalités légales de manière à en tempérer la rigueur. Depuis longtemps, la jurisprudence et la doctrine ont admis que dans certaines circonstances, une cession de créance intervenue sans le respect des formalités de l'article 1690 puisse être opposable au débiteur cédé ou à d'autres tiers. Les rapports de MM. Ghestin et Van Ommeslaghe ont à cet égard situé les derniers développements respectifs du droit français et du droit belge (1).

Ces solutions interprétatives laissent cependant subsister d'importantes controverses. Peut-on admettre l'opposabilité de la cession en cas de simple connaissance (et non de "reconnaissance") (2) ? Faut-il distinguer la situation du débiteur de celle des autres tiers (3) ? Quel est le fondement des formalités requises (4) ? D'autre part, des situations dites "équipollentes" à ces formalités ne produisent jamais qu'une opposabilité relative (5).

Du point de vue de la qualité du droit positif, par ailleurs, est-il souhaitable de faire prévaloir une solution contraire à la lettre du texte légal ? La recherche d'une

(1) J. GHESTIN, n° 33-37 ; P. VAN OMMESLAGHE, n° 18.

(2) J. GHESTIN, n° 36-37 ; P. VAN OMMESLAGHE, n° 18.

(3) J. GHESTIN, n° 36 ; cfr. aussi Y. HANNEQUART, op. cit., n° 234

(4) J. GHESTIN, n° 26, 35-37 ; P. VAN OMMESLAGHE, n° 16 ;
cfr. aussi Y. HANNEQUART, op. cit., n° 33, 233.

(5) P. VAN OMMESLAGHE, n° 18.

réforme législative nous paraît constituer un meilleur remède aux inconvénients de l'article 1690.

Quel texte peut-on proposer, de lege ferenda, pour remplacer l'article 1690 ?

En ce qui concerne la formation et l'opposabilité de la cession de créance, le projet Benelux adopte une position directement inspirée du projet de nouveau code civil néerlandais (art. 3.4.2.7), et résolument originale par rapport aux autres solutions relevées dans l'étude de droit comparé de M. Neumayer (1). D'après l'article 2 du projet, "la cession d'une créance nominative a lieu aussi bien entre parties qu'à l'égard des tiers y compris le débiteur cédé, par écrit suivi d'une communication au débiteur par le cédant ou le cessionnaire". L'article 4 précise que "la forme de la communication au débiteur est libre".

L'originalité de cette solution réside dans le fait que le même formalisme est requis à la fois pour la réalisation de la cession entre parties et pour son opposabilité aux tiers. Pour le surplus, on aura relevé la très grande souplesse des exigences relatives à l'information du débiteur. Quant à l'écrit, il doit déterminer la créance d'une manière suffisamment précise et être signé par le cédant (art. 3).

(1) Comp. K. H. NEUMAYER, pp.

L'exposé des motifs du projet Benelux justifie ce système de la manière suivante (1). Les intérêts du cédant et du cessionnaire ne s'opposent pas à ce que le transfert de la créance n'ait lieu qu'au moment de la communication au débiteur ; celle-ci est de toute façon indispensable, et il n'y a pas de raison de la retarder. Pour le débiteur, le moment du transfert est indifférent, puisqu'il est de toute façon protégé tant qu'il n'est pas informé. Pour les autres tiers, par contre, il importe de faire coïncider le transfert avec l'information du débiteur, puisque c'est à partir de cette information que ces tiers sont eux-mêmes en mesure de se renseigner auprès du débiteur ; c'est d'autre part de ce débiteur, et non du cédant ou du cessionnaire, qu'on peut attendre les informations les plus exactes. Dès lors, si l'on retient le moment de la communication au débiteur comme point de départ de l'opposabilité du transfert aux autres tiers, et si cette solution ne présente pas d'inconvénients pour les autres intéressés, cédant, cessionnaire et débiteur, il y a intérêt à choisir le même moment à l'égard de tous.

Quant à l'exigence de l'écrit, l'exposé des motifs Benelux la justifie par l'intérêt de "créer un moyen qui, dans la pratique, procurera dans nombre de cas au cédant, au cessionnaire et au débiteur suffisamment de garanties pour bien se rendre compte de leur situation interne au moment où la cession doit être réalisée".

(1) Cfr. infra, pp.

Que penser de ce système ? Le projet Benelux offre incontestablement l'avantage d'écarter le formalisme de l'article 1690, l'information du débiteur pouvant prendre n'importe quelle forme. Par contre, il introduit une exigence nouvelle, celle de l'écrit, et par la suppression de la distinction entre les conditions de formation et celles d'opposabilité, il fait de la cession de créance un contrat solennel.

L'exigence de l'écrit est inspirée du droit néerlandais actuel (art. 668 B.W.) ; M. Neumayer relève qu'elle apparaît également dans quelques autres systèmes juridiques, notamment en Suisse (art. 165 I C.O.), au Québec (art. 1570 C.C.) et en Angleterre (Law of Property Act, Sect. 135) (1). En général, cependant, la cession de créance est purement consensuelle. Faut-il suivre ce courant minoritaire ?

On aperçoit mal pour quelle raison particulière il faudrait ici déroger au principe consensualiste. La justification de l'exposé des motifs Bénélux, évoquée plus haut, n'est guère convaincante. Certes, un écrit peut permettre aux intéressés de mieux se rendre compte de leurs situations respectives. Mais la cession de créance est-elle une opération tellement complexe ? L'une des parties (cédant ou cessionnaire) court-elle de tels risques qu'elle mérite une protection spéciale ? Les règles relatives à la preuve littérale ne sont-elles pas suffisantes ? On notera aussi que le texte du projet distingue l'écrit de la communication au débiteur ; ce dernier ne se voit reconnaître aucun moyen de prendre connaissance de l'écrit, bien que l'exposé des motifs évoque l'intérêt qu'il devait trouver dans cet écrit !

(1) Cfr. K.H. NEUMAYER, pp.

Le projet Bénélux subordonne aussi l'existence de la cession de créance à la communication au débiteur. Cette autre dérogation au consensualisme est également contestable. L'exposé des motifs se borne à déclarer qu'il n'y a pas de raison de fixer à des moments différents les effets entre parties et à l'égard des tiers. Il nous paraît au contraire important, dans l'intérêt des parties, que la cession de créance soit parfaite entre elles dès l'échange des consentements, au lieu de dépendre d'une démarche ultérieure confiée à l'un des partenaires.

Nous proposons donc, contrairement au projet Bénélux, de conserver à la cession de créance le caractère consensualiste qui est le sien dans notre régime actuel, et dans la plupart des droits étrangers.

Comment alors résoudre la question de l'opposabilité aux tiers ?

Le rapport de M. Neumayer l'a montré, le problème n'est posé que dans une série de pays. Ailleurs, la cession de créance est opposable aux tiers sans formalités particulières, comme tout contrat l'est en principe. Mais comme les tiers de bonne foi, et spécialement le débiteur cédé, bénéficient d'une protection légale, il est toujours important de porter la cession à leur connaissance, et le législateur peut, sur ce plan, organiser des modes de communication.(1).

(1) Ibid., pp.

A notre avis, les intérêts en jeu à propos de la cession de créance ne justifient pas l'organisation d'un régime spécial d'opposabilité. Lorsqu'un tel régime existe encore dans des droits comme le nôtre, il résulte plutôt d'une évolution historique que de véritables nécessités. Son maintien apparaît d'autant plus critiquable qu'il ne semble pas possible d'organiser une publicité vraiment efficace à l'égard de tous, l'information du débiteur n'étant qu'un palliatif très imparfait. Quant au débiteur lui-même, n'est-il pas suffisamment protégé par l'article 1240 du Code civil, qui rend libératoire le paiement que le débiteur non informé ou mal informé ferait encore au cédant ? Il est d'ailleurs significatif que la subrogation conventionnelle, opération concurrente de la cession de créance, fonctionne de manière satisfaisante sans formalités particulières d'opposabilité aux tiers.

Notre proposition serait donc d'abroger purement et simplement l'article 1690 du Code civil, et de ne prévoir aucun autre système spécial d'opposabilité aux tiers. La cession de créance déploierait de plein droit ses effets externes, comme en principe tout autre contrat. Mais on pourrait s'inspirer de l'exemple allemand, et préciser éventuellement, dans de nouvelles dispositions, par quels modes le débiteur pourrait être informé, afin de l'empêcher de se prévaloir de l'article 1240.

b- Opposabilité des exceptions.

Comme l'indique M. Neumayer, la règle est partout admise que le débiteur peut opposer au cessionnaire les exceptions nées dans ses rapports avec le cédant (1). C'est la créance même du cédant qui a été transmise au cessionnaire, assortie de ses accessoires, mais aussi grevée de ses défauts éventuelles.

Le principe connaît cependant quelques difficultés d'application. De lege ferenda, une intervention est-elle opportune ?

Le seul texte actuel est l'article 1295 du Code civil, relatif à l'exception de compensation. Le projet Bénélux modifie ce régime (art. 6), mais il formule d'abord un principe général quant à l'opposabilité des exceptions (art. 5).

Ce principe est le suivant : "Le débiteur peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions existant au moment de la cession ou émanant du rapport juridique dont la créance cédée est née". Le texte explicite la solution généralement admise, d'après laquelle seules les exceptions antérieures à la cession sont opposables ; mais il apporte une nuance à cette solution en admettant aussi, sans restriction, l'opposabilité des exceptions "émanant du rapport juridique dont la créance cédée est née". Ce texte peut résoudre adéquatement les difficultés rencontrées dans

(1) Cfr. K.H. NEUMAYER, pp.

la jurisprudence belge récente et évoquées par M. Van Ommeslaghe à propos de l'exception d'inexécution (1) (2).

En matière de compensation, l'article 6 du projet dispose que "le débiteur peut invoquer la compensation de la créance cédée contre le cédant, non seulement si les deux créances résultent du même rapport juridique, mais aussi si la créance contre le cédant résulte d'un autre rapport juridique entre le débiteur et le cédant, à condition que ce rapport soit né avant la cession et que la créance à compenser ne soit pas exigible plus tard que la créance cédée".

Ce texte modifie le système de l'article 1295 du Code civil dont il écarte les deux restrictions au jeu de la compensation (3). Le régime proposé paraît plus fidèle au principe que la cession de créance ne peut modifier défavorablement la situation du débiteur cédé. Le projet s'inspire à cet égard du NBW, qui développe lui-même la solution retenue en divers pays (Suisse, Allemagne, Grèce, etc...) (4). Il nous semble pouvoir être approuvé sur ce point.

(1) Le commentaire des articles du Projet Bénélux fait expressément allusion à l'exception d'inexécution (art. 5). Cfr. P. VAN OMMESLAGHE, n° 22 ; M.L. STENGERS, La compensation après faillite et l'exception d'inexécution opposées par le débiteur d'une créance cédée, note sous Cass., 13 sept. 1973, Rev. Crit. Jur. B., 1974, pp. 352-367.

(2) Le Projet Bénélux, à juste titre, ne distingue pas parmi les exceptions celles qui seraient "personnelles au cédant" ; sur ce point, cfr. P. VAN OMMESLAGHE, n° 20.

(3) Limitation aux compensations réalisées avant la signification, présomption de renonciation du débiteur en cas d'acceptation.

(4) Cfr. K.H. NEUMAYER, pp.

c- Etendue de la cession.

C'est la créance même du cédant qui est transmise. Ses accessoires positifs bénéficient donc au cessionnaire. Ce principe, également admis de manière générale en droit comparé (1), est exprimé par l'article 7 al. 1 du projet Bénélux : "Par la cession, le cessionnaire acquiert les droits de gage, d'hypothèque, de cautionnement et les autres droits accessoires liés à la créance, ainsi que les privilèges".

L'alinéa 2 du même article apporte cependant une précision nouvelle : "Le cédant est tenu de l'exécution par le cessionnaire des obligations découlant des droits accessoires, ainsi que des obligations qui émanent de la qualité de créancier". Le commentaire des articles cite en exemple les obligations du créancier gagiste de prendre soin du gage en bon père de famille, d'informer le débiteur de la vente du gage et de lui retourner le surplus. Dans le souci d'éviter que la cession n'affecte en rien la situation du débiteur, le projet rend le cédant garant de l'exécution de ces obligations par le cessionnaire.

Les deux dernières dispositions du projet concernent également l'étendue de la cession. L'article 8 oblige le cédant à remettre les gages au cessionnaire, sauf en cas de cession partielle. L'article 9 accorde le droit au cessionnaire aux intérêts et aux peines conventionnelles postérieures à la cession ; mais en refusant au cessionnaire le droit aux arriérés d'intérêt, le projet s'écarte des solutions dominantes en droit comparé (2).

(1) Ibid, pp.

(2) Ibid, p.

d- Acte d'obligation et acte de disposition.

Le Code Napoléon traite de la cession de créance comme d'une modalité particulière de vente, présentation généralement considérée comme inadéquate (1). Si la créance est en effet souvent vendue au cessionnaire, contre le paiement d'un prix, sa transmission peut aussi résulter d'autres opérations : donation, dation en paiement, apport en société, etc...

De lege ferenda, il serait opportun de détacher de la vente les dispositions du Code relatives à la cession de créance, et de les situer dans une partie spéciale, où seraient regroupées les différentes techniques de transmission des obligations. C'est l'option suivie par les codifications récentes : BGB (§§ 398-413 et 414-419), Code suisse des obligations (art. 164-183), Codice Civile italien (art. 1260-1276), projet de NBW (art. 6.2.1.1 à 6.2.3.14), Code civil éthiopien (art. 1962-1985), Code des Obligations sénégalais (art. 241-256), Code tchécoslovaque du commerce international (art. 138-157), Loi de la D.D.R. sur les contrats économiques internationaux (art. 222-229), etc...

Certaines des dispositions actuelles sont particulièrement liées à l'hypothèse où la cession se réalise dans le cadre d'une vente : les articles 1693 à 1695, relatifs aux garanties dues par le cédant. Il conviendrait de situer de telles dispositions dans la matière de la vente, sous réserve des adaptations et modifications qui seraient jugées utiles (2).

(1) Cfr. P. VAN OMMEFLAGHE, n° 12.

(2) C'est l'attitude des auteurs du Projet Bénélux : cfr. l'exposé des motifs, n° 15.

Les analyses contemporaines mettent en évidence la distinction entre l'acte de disposition que constitue la cession de créance proprement dite, et l'acte d'obligation (vente, donation, etc...) qui lui sert de cause (1). Mais cette distinction est parfois exploitée pour détacher de sa cause l'acte de disposition, la cession restant valable en dépit des vices qui peuvent affecter le rapport causal. M. Neumayer a montré que cette abstraction était retenue notamment par les droits allemand, suisse, autrichien et grec (2). Faut-il se rallier à cette conception, dont l'intérêt est de renforcer la situation des tiers ?

Notre système actuel, causaliste, est également celui de nombreux autres pays (Italie, Pays-Bas, Pologne, Québec, etc...) (3). Ni le NBW, ni le Projet Bénélux n'ont pris une position explicite sur le problème. Le commentaire de l'article 4 se borne à dire que "le projet ne traite pas de la question de savoir dans quelle mesure la validité d'une cession peut être contestée en vertu de la nullité du rapport juridique en exécution duquel la cession a eu lieu". Sans doute faut-il voir dans cette formulation prudente l'expression du fait que le problème du rapport entre les actes d'obligation et les actes de disposition est un problème très général, qu'il serait malaisé de traiter d'une manière originale à propos d'une seule opération particulière. C'est dans le cadre d'une réforme d'ensemble du droit des biens et du

(1) Cfr. notamment Y. HANNEQUART, op. cit., n° 34 et suiv.

(2) Cfr. K.H. NEUMAYER, p.

(3) Ibid.

droit des obligations que l'option causaliste ou non-causaliste doit être prise ; une réforme limitée à la cession de créance peut difficilement modifier les principes qui gouvernent cette question fondamentale.

e- Autres questions.

Devant l'ampleur du sujet, ce rapport ne peut chercher à épuiser les nombreux problèmes que la transmission des obligations suscite de lege ferenda. A propos de la cession de créance, on se bornera donc à ajouter qu'une réforme législative pourrait aussi utilement prendre position sur quelques autres aspects ayant provoqué des difficultés, ou faisant déjà l'objet de dispositions méritant réexamen, tels que l'incessibilité de certaines créances (1), la cession des créances futures (2), la cession des droits successifs (art. 1696-1698 du Code civil) et celle des droits litigieux (art. 1699-1701) (3).

Les problèmes difficiles, mais importants, du transfert fiduciaire et de la mise en gage des créances seront traités plus loin, dans la partie spéciale (4).

(1) Cfr. également infra, pp. 63-67, à propos des restrictions à l'incessibilité de certaines créances.

(2) Sur ce sujet, cfr. J. HEENEN, La cession des créances futures, note sous Cass., 9 avril 1959, Rev. Crit. Jur. B., 1961, pp. 32-44.

(3) Sur ce sujet, cfr. A. VAN OEVELEN, Overdracht van betwiste rechten, note sous Cass., 23 déc. 1977, Rechtsk. Weekbl., 1978-79, col. 362-369.

(4) Cfr. infra, pp. 65-67.

2. La subrogation personnelle.

En ce qui concerne la transmission des créances, écrit M. Ghestin, "c'est aujourd'hui la subrogation personnelle qui joue un rôle essentiel" ; mieux, "elle est devenue l'une des institutions les plus importantes du droit positif" (1). De lege ferenda, nous examinerons successivement la subrogation conventionnelle et la subrogation légale (2).

a- La subrogation conventionnelle.

Nous traiterons d'abord et essentiellement de la subrogation conventionnelle consentie par le créancier (art. 1250, 1° du Code civil), de loin la plus importante en pratique, avant de consacrer quelques brèves réflexions à la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur (art. 1250, 2°).

1. Consentie par le créancier.

En droits français et belge, le contraste est très net entre les exposés que fait la doctrine contemporaine respectivement de la cession de créance et de la subrogation conventionnelle consentie par le créancier. Alors que la lourdeur du formalisme de la première suscite de vives critiques, la seconde institution apparaît au contraire comme particulièrement adéquate.

(1) J. GHESTIN, n° 42 et 45.

(2) Nous n'envisageons pas ici la "subrogation" évoquée par certains textes relatifs à des transmissions de contrats (cfr. notamment l'art. 30 de la loi du 11 juin 1874 sur les assurances et l'art. 34 de la loi du 4 novembre 1969 sur les baux à ferme). Il en sera question plus loin (cfr. infra, pp. 68, 72-73).

Tout commentaire du régime de la cession met en évidence les efforts de la jurisprudence pour tempérer les inconvénients du régime légal ; de nombreux auteurs appellent de leurs vœux une réforme de l'article 1690. Par contre, la subrogation conventionnelle semble donner satisfaction, du moins pour l'essentiel ; elle se présente souvent comme substitut très avantageux de la cession de créance (1).

De lege ferenda, la subrogation conventionnelle ne paraît donc à première vue pas appeler de réforme fondamentale en droits français et belge.

En droit comparé, cependant, la subrogation conventionnelle est loin d'avoir partout la même importance. Le rapport de M. Neumayer relève également l'existence de l'institution en droit néerlandais et en droit italien, ainsi qu'en droit polonais (mais dans ce dernier droit, l'exigence de l'accord du débiteur fait que l'institution est inusitée en pratique). Par contre, les législations des autres pays étudiés n'organisent pas de subrogation conventionnelle à côté des cas de subrogation légale. La liberté des conventions permet sans doute d'aménager le procédé, mais il y est peu recouru, dès lors que la cession de créance connaît un aménagement adéquat (2).

(1) Les sociétés françaises d'affacturage, notamment, ont choisi le procédé de la subrogation, de préférence à celui de la cession de créance, pour réaliser le transfert des créances à leur profit (cfr. J. CHAPUT, La transmission des obligations en droit bancaire français, supra, pp. (ci-après cité J. CHAPUT) et comp., pour le droit belge, B. DHAEYER, L'affacturage en droit belge, supra, pp. (ci-après cité B. DHAEYER) ainsi que D. PHILIPPE.

(2) K.H. NEUMAYER, pp. , L'endossement de la facture est-il le mode idéal de transmission des créances dans l'affacturage ?, supra, pp.

Ces dernières observations permettent de mieux situer le problème de la subrogation conventionnelle de lege ferenda. S'il n'est rien modifié au reste de notre droit positif, la subrogation conventionnelle doit être maintenue telle quelle, car elle pallie dans une large mesure les inconvénients de la cession de créance. Mais si la cession de créance est aménagée de manière satisfaisante, la subrogation conventionnelle perd une bonne partie de son utilité, et de lege ferenda pourrait être posée la question de sa suppression .

Aux raisons pratiques qui pourraient ainsi justifier la remise en cause de la subrogation conventionnelle s'ajouteraient pour certains des justifications théoriques. Dans une de ses premières études, M. Jean Dabin critiquait vivement l'institution (1). Le paiement avec subrogation constitue une anomalie, expliquait M. Dabin, puisqu'il fait survivre des droits normalement éteints par le paiement. Le législateur est cependant tout-puissant pour consacrer pareille anomalie pour des raisons d'opportunité ("procurer au payeur la jouissance des garanties et avantages qui, normalement, devraient disparaître en suite de l'extinction de la créance")(2), ce qui justifie les cas de subrogation légale. Mais pour M. Dabin, il est inadmissible de conférer une telle faculté au créancier lui-même ; "un créancier désintéressé n'a plus rien à céder ou à concéder, précisément parce qu'il est

(1) J. DABIN, Le paiement avec subrogation, Rev. Dr. B., 1921-25, VII, pp. 19-46.

(2) Ibid., p. 43.

désintéressé et que le paiement a éteint tous ses droits" (1) ;
"ni le droit strict, ni l'équité, ni l'utilité ne justifient l'intervention du créancier... dans une affaire qui est l'oeuvre exclusive de la loi" (2).

Le rôle important que joue actuellement la subrogation conventionnelle comme substitut de la cession de créance nous paraît cependant plaider de manière éloquente en faveur du maintien de l'institution. Mais si le régime de la cession de créance est réaménagé, les objections fondamentales qu'élevait M. Dabin à l'encontre de la subrogation conventionnelle pourront être prises en considération ; les enseignements du droit comparé confirment largement le point de vue du maître auquel ces Journées sont dédiées.

2. Consentie par le débiteur.

La subrogation régie par l'article 1250, 2° du Code civil est une institution très particulière, destinée à jouer un rôle dans des circonstances économiques bien déterminées, lorsque se produit une baisse des taux d'intérêt. L'institution n'est pas d'application fréquente, mais à certaines époques, elle présente une réelle utilité. Quant au formalisme qui l'entoure,

(1) Ibid., p. 44.

(2) Ibid., p. 46.

il se justifie par le souci d'éviter certaines fraudes (1).
De lege ferenda, il semble opportun de conserver ce régime tel qu'il est organisé (2).

b- La subrogation légale.

Si la subrogation conventionnelle consentie par le créancier connaît un important succès, largement dû aux imperfections du régime de la cession de créance, le recours à la subrogation légale est également en plein développement. Aux quatre hypothèses de l'article 1251 du Code civil sont venus s'ajouter de très nombreux autres cas de subrogation légale, dont la liste ne fait qu'augmenter (3). La subrogation de l'assureur de choses (art. 22 de la loi du 11 juin 1874) occupe parmi ces cas une place en évidence (4).

(1) Cfr. J. GHESTIN, n° 52-56.

(2) Le législateur pourrait cependant résoudre un problème important, qui ne paraît pas bien perçu comme tel par la doctrine : le créancier peut-il se voir imposer un remboursement anticipé, quand le terme est consenti en sa faveur ? Les auteurs qui prennent position ne sont pas unanimes, mais sauf E. MOREAU (De la subrogation contre le gré du créancier avant l'échéance du terme, Rev. Prat. Not., 1934, pp. 577-585), aucun ne signale que la question est controversée (contre le remboursement anticipé, cfr. E. MOREAU, loc. cit. ; J. GHESTIN, n° 52 ; J. CARBONNIER, Droit Civil, t. 4, Les obligations, Paris, 6ème éd., 1969, n° 130 ; G. FARJAT, Droit privé de l'économie, t. 2, Théorie des obligations, Paris, 1975, p. 479 ; en sens contraire, cfr. A. WEILL, Les obligations, Paris, 1971, n° 1011). D'autres auteurs n'évoquent même pas ce problème pourtant lourd de conséquences pour le créancier (cfr. J. DABIN, op. cit., n° 18 ; J. BRICOUT, De betaling met subrogatie, Rechtsk. Weekbl., 1961-62, col. 457-480 ; H. DE PAGE, II, n° 532).

(3) Pour un abandon récent du mécanisme de la subrogation, cfr. cependant infra, p. 32, à propos du recours de l'employeur.

(4) Cfr. S. FREDERICQ,

Mais on relève aussi notamment les subrogations légales de l'assureur-loi (art. 47 de la loi du 10 avril 1971), des organismes d'assurance-maladie-invalidité (art. 70 de la loi du 9 août 1963), du Fonds des maladies professionnelles (art. 51 § 5 des lois coordonnées du 3 juin 1970), des Fonds d'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprises (art. 8 de la loi du 30 juin 1967), de la Caisse nationale des calamités naturelles (art. 50 de la loi du 12 juillet 1976), etc...

Certes, la nature même de subrogation de ces différents cas de recours, organisés par des lois spéciales, fait l'objet de contestations. A partir de l'idée que la subrogation ne peut profiter qu'au tiers qui paie la dette du débiteur, et non à celui qui paie sa propre dette, l'opinion est parfois émise que ces recours constituent des "quasi-subrogations" et non de véritables subrogations (1). Il s'agirait plutôt de cessions de créances légales. Cette opinion a cependant été combattue, sur base d'une interprétation large de l'article 1251, 3° du Code civil (2). De toute façon, l'accord existe pour soumettre des recours au régime de la subrogation (3), notamment en ce qui concerne l'absence

(1) Cfr. H. DE PAGE, III, n° 537 et 547 ; F. RIGAUX, Le paiement avec subrogation éteignant l'obligation délictuelle ou quasi-délictuelle d'autrui en droit international privé, note sous Cass., 23 oct. 1969, Rev. Crit. Jur. B., 1971, pp. 345-367, et spécialement n° 8 à 12 ; P. VAN OMMESLAGHE, Les obligations, Examen de jurisprudence (1968-1973), Rev. Crit. Jur. B., 1976, pp. 679-680.

(2) Cfr. M. MEURISSE, Une institution pleine d'avenir : la subrogation de l'article 1251, 3° C. civ., Gaz. Pal., 1968, I, pp. 67-74.

(3) P. VAN OMMESLAGHE, n° 48.

de formalités spéciales d'opposabilité aux tiers (1) (2).

Le développement de ces cas de subrogation légale est intimement lié à la sollicitude grandissante dont bénéficient les victimes d'accidents et au souci d'organiser de la manière la plus efficace l'indemnisation des dommages corporels. Les sources d'indemnisation ont tendance à se multiplier : responsable, assureur du responsable, assureur de la victime, employeur, organisme de sécurité sociale, etc... La victime ne peut en principe cumuler les indemnités, mais il lui est normalement loisible de choisir la source d'indemnisation qui lui assurera le dédommagement le plus rapide. Une fois la victime désintéressée, il s'agit

-
- (1) Une autre caractéristique du régime de la subrogation, soulignée lors de la discussion générale par Mes HANNEQUART et MATERNE, réside dans la priorité accordée au subrogeant par rapport au subrogé vis-à-vis du débiteur, en cas d'indemnisation partielle.
- (2) Il n'en va pas de même lorsqu'en l'absence de texte instituant une subrogation légale, un tiers paie sa propre dette envers une victime, et prétend agir contre le responsable par voie de subrogation. Le problème concerne notamment les employeurs qui paient des rémunérations au-delà des obligations légales (dans les limites de ces obligations, cfr. l'action directe résultant de la loi du 3 juillet 1978, infra, p. 32), ou l'Etat qui, étant son propre assureur, indemnise la victime d'un accident de la route causé par un véhicule lui appartenant. Sur ces problèmes, la jurisprudence qui en est résultée et les artifices imaginés par les praticiens pour les résoudre, cfr. notamment P. VAN OMMESELAGHE, n° 47, et du même auteur, Les obligations, Examen de Jurisprudence (1968-1973), Rev. Crit. Jur. B. 1976, pp. 676-679 ; R.O. DALCQ, La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle. Examen de Jurisprudence (1963-1967), Rev. Crit. Jur. B., 1968, pp. 119-120, (1968-1972), Rev. Crit. Jur. B., 1973, p. 281.

de donner à la charge de la réparation son affectation définitive, en octroyant à celui qui est intervenu en premier lieu les recours nécessaires. C'est ici que la subrogation légale joue un rôle de premier plan ; dans les systèmes de réparation des dommages, elle assure les liaisons et permet les transferts entre les différentes sources d'indemnisation.

La subrogation légale appelle-t-elle des interventions de lege ferenda ?

Les hypothèses énumérées à l'article 1251 du Code civil ne semblent guère susciter de difficultés. Si le texte faisait l'objet d'une "toilette", sans doute pourrait-on éliminer le cas de subrogation visé au 2° de l'article, devenu très inutile depuis l'organisation de la purge hypothécaire (1).

Les cas de subrogation légale prévus par des textes particuliers mériteraient sans doute de faire l'objet d'un examen d'ensemble. Leur multiplication se réalise de manière quelque peu anarchique, sur base de textes souvent défectueux. Ces recours devraient d'une part être repensés quant au fond, en rapport avec l'organisation globale des systèmes d'indemnisation ; ils feraient en outre utilement l'objet d'aménagements d'ordre technique.

(1) H. DE PAGE, III, n° 543.

L'examen détaillé des problèmes posés par ces nombreux cas de subrogations légales prévues par des lois particulières dépasserait cependant le cadre de ce rapport. On se bornera à évoquer brièvement la subrogation de l'assureur de dommages, ainsi que trois modifications récentes, dont aucune n'est entièrement satisfaisante.

1. En ce qui concerne la subrogation de l'assureur de dommages, l'actuel article 22 de la loi du 11 juin 1874 ne paraît pas susciter de problèmes majeurs (1). De lege ferenda, il serait sans doute opportun de faire ressortir dans la loi que ce texte ne concerne que les assurances à caractère indemnitaire (2) ; il pourrait également être utile de confirmer la légalité de la pratique selon laquelle l'assureur renonce en général à l'exercice du recours contre certains proches de l'assuré, sauf en cas de fraude, ou lorsque ces proches sont eux-mêmes assurés (3). On sait qu'une Commission nommée par le Ministère de la Justice travaille à la révision de la loi du 11 juin 1874.

(1) Cfr. S. FREDERICQ,

(2) Le problème s'est notamment posé à propos des assurances collectives contre les accidents (S. FREDERICQ
F. MONETTE, La subrogation en assurance collective, Bull. Ass., 1942, pp. 383-405 ; M. FONTAINE, L'assurance collective contre les accidents et la distinction entre assurances de choses et assurances de personnes, note sous Cass., 31 oct. 1966, Rev. Crit. Jur. B., 1969, pp. 160-189).

(3) D'autres difficultés existent en présence d'une franchise ou d'un découvert laissés à charge de l'assuré, à propos de la répartition des récupérations entre assureur et assuré, notamment lorsque le tiers n'est que partiellement responsable, ou lorsque le juge fixe le dommage à un montant inférieur à l'indemnité payée par l'assureur. Un problème analogue vient d'être résolu à propos du recours de l'organisme d'assurance maladie-invalidité ; il va en être question.

2. L'article 70 § 2 de la loi du 9 août 1973, concernant le recours de l'organisme d'assurance-maladie-invalidité, a été modifié par l'A.R. du 4 décembre 1978, afin d'étendre les droits de l'organisme contre le tiers partiellement responsable : dorénavant, l'organisme exerce un recours pour tous ses débours, et non plus à concurrence d'une fraction correspondant à la part de responsabilité du tiers (1). Le nouveau texte n'est pas mieux rédigé que l'ancien.

3. L'article 47 de la loi du 10 avril 1978, relatif à la subrogation de l'assureur-loi et du Fonds des accidents du travail, a été modifié par la loi du 7 juillet 1978. Ici, la modification ne porte pas à proprement parler sur le régime de la subrogation elle-même, mais les textes sont remaniés en vue de les adapter à la suppression, voulue par le législateur (mais mal traduite dans les textes), du droit d'option de la victime entre le droit commun et le régime loi (2).

(1) A propos du régime ancien, cfr. Cass., 11 juin 1974, Pas., 1974, I, 1046 ; Cass., 1er juin 1976, Pas., 1976, I, 1050 ; sur le nouveau régime, cfr.

P. VAN DROOGENBROECK, Recours de l'assureur-loi, de l'organisme mutuelliste et de l'employeur, rapport au Colloque organisé le 4 mai 1979 par la Conférence du Jeune Barreau de Charleroi sur "quelques problèmes relatifs à la réparation des accidents corporels".

(2) Cfr. à ce sujet, notamment, P. VAN DROOGENBROECK, rapport cité ; S. DAVID-CONSTANT, Le dommage à la personne au carrefour des techniques d'indemnisation, rapport au Colloque du 8 juin 1979, célébrant le cinquantenaire de la Rev. Gén. Ass. Resp. (Bruxelles) ; R. BEYENS, Commentaire de la loi du 7 avril 1978 modifiant la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail, Journ. Trib., 1979, pp. 277-281.

Ici aussi, les textes légaux sont particulièrement obscurs. De lege ferenda, ils appellent au moins une nouvelle rédaction quant à la forme.

4. L'article 52 § 4 de la loi du 3 juillet 1978 confère à l'employeur, contre le tiers responsable, une action en remboursement de la rémunération payée à la victime et des cotisations sociales incombant à l'employeur (1). Ce texte a remplacé des dispositions des lois du 10 mars 1900 (art. 29 § 4) et du 20 juillet 1955 (art. 10 § 5) ; il abandonne la subrogation comme fondement du recours, au profit, semble-t-il, d'une action directe. La subrogation ne permettait pas de justifier la récupération des cotisations sociales, mais la voie de l'action directe paraît peu opportune, et elle suscite divers problèmes, notamment au sujet de l'opposabilité des exceptions (2).

3. La novation par changement de créancier.

Cette institution vétuste n'appelle guère de commentaires. De lege ferenda, il n'y aurait sans doute aucun inconvénient à la supprimer. MM. Ghestin et van Ommeslaghe ont rappelé les difficultés qui expliquent la désuétude actuelle de l'institution (3)

(1) Comp. supra, le problème évoqué à la note (2) p. 29 bis.

(2) Cfr. P. VAN DROOGENBROECK, rapport cité.

(3) J. GHESTIN,, n° 64-65 ; P. VAN OMMESLAGHE, n° 44.

4. La délégation.

Le rapport de M. Van Ommeslaghe a montré l'utilisation possible de la délégation comme mode de transfert des créances (1), alors que l'institution est plus généralement envisagée à propos de la circulation des dettes (2).

Nous préconiserons plus loin le maintien de la délégation dans notre arsenal juridique, même si la reprise de dette est organisée (3). La délégation pourrait dès lors continuer à répondre à certains besoins en matière de transfert de créances (inopposabilité des exceptions, engagement in solidum du délégant). Les avantages injustifiés qu'elle procure, dans le régime actuel, sur le plan de l'opposabilité aux tiers (4), disparaîtraient si l'article 1690 du Code civil était abrogé, ainsi que nous l'avons proposé (5).

5. Les titres négociables.

Le recours aux titres négociables bouleverse les données juridiques de la transmission des créances. Incorporée dans un tel titre, la créance circule selon des modes particuliers, considérablement simplifiés par rapport à la cession de créance du Code civil ; les droits du porteur du titre sont renforcés grâce à

(1) P. VAN OMMEFLAGHE, n° 45 ; J. RONSE, Delegatieovereenkomst, A.P.R., n° 65-75, 161.

(2) Cfr. infra, pp. 46-47.

(3) Ibid.

(4) Cfr. P. VAN OMMEFLAGHE, n° 44.

(5) Cfr. supra, p. 17.

l'inopposabilité des exceptions et à la solidarité des différentes signataires. Les rapports de MM. Ghestin et Van Ommeslaghe ont rappelé les principales caractéristiques des titres négociables (1), dont la théorie générale, malgré les efforts brillants de certains auteurs (2), n'a pas encore reçu en France et en Belgique l'accueil qui lui a été réservé depuis longtemps dans d'autres pays.

De lege ferenda, les titres négociables nous paraissent susciter deux questions particulières, ainsi qu'une question plus générale.

a- La première question est relative à l'évolution récente de la jurisprudence belge en ce qui concerne le régime de l'opposabilité des exceptions entre tireur et tiré d'une lettre de change (ou, plus largement, entre parties au rapport de base, la qualité de "partie" pouvant résulter d'une cession de créance).

On sait que les controverses doctrinales que cette question suscite depuis de nombreuses années (3). La Cour de Cassation vient-elle de se séparer de l'opinion dominante en Belgique, et d'admettre qu'en droit cambiaire, l'inopposabilité des

(1) J. GHESTIN, n° 38-41 ; P. VAN OMMESLAGHE, n° 30-39.

(2) Cfr. notamment J. VAN RYN et J. HEENEN, Principes de droit commercial, II, n° 1276-1320.

(3) Cfr. P. VAN OMMESLAGHE, n° 38, et les références citées.

exceptions ne jouerait pas entre parties au rapport fondamental ? L'arrêt du 30 septembre 1977 paraît clairement orienté dans ce sens (1) (2).

Une retouche à la législation sur la lettre de change serait-elle opportune pour mettre définitivement fin aux querelles d'interprétation ?

Il est sans doute délicat de porter unilatéralement atteinte à une loi uniforme. Mais ce problème est avant tout de politique juridique. La règle de l'inopposabilité des exceptions, la "rigueur cambiaire" ont été consacrées pour favoriser la circulation des titres négociables. Les conséquences peuvent en être dures pour certains débiteurs, mais c'est le prix à payer pour disposer de remarquables instruments de crédit.

Cette considération apporte un argument à ceux qui écartent l'inopposabilité des exceptions entre les parties originaires : si le tireur n'a pas mis la traite en circulation, pourquoi invoquer une règle destinée à favoriser cette circulation ?

Mais surtout, il est légitime de se demander si le prix à payer n'est pas trop lourd à l'égard de certains débiteurs. Lorsqu'un commerçant, en contrepartie des délais de paiement

(1) Cass., 30 sept. 1977, Rechtsk. Weekbl., 1977-78, col. 832-845 et note J. RONSE, Journ. Trib., 1978, 134 ; cfr. déjà Cass., 26 nov. 1976, Pas., 1976, I, 334, Journ. Trib., 1977, 378, note J. RONSE.

(2) La jurisprudence belge rejoint ainsi la solution admise en France ; cfr. J. GHESTIN, n° 39.

qui lui ont été consentis, accepte une traite, il sait à quoi il s'engage à l'égard des porteurs successifs. Il n'en est généralement pas de même pour le particulier, et notamment pour l'acheteur à tempérament victime d'une bonne partie de ce contentieux. Combien de fois la règle de l'inopposabilité des exceptions n'a-t-elle pas durement frappé l'acheteur refusant de payer en raison de manquements du vendeur à l'exécution du rapport fondamental ? La nouvelle jurisprudence de la Cour de Cassation mérite certainement d'être approuvée lorsque le tiré n'est pas commerçant ; elle laisse cependant l'acheteur démuni lorsque l'effet est présenté au paiement par la société de financement ou un autre tiers porteur, à moins que la créance fondamentale n'ait également été cédée.

Dans certains pays, comme aux Etats-Unis, un courant très net existe pour écarter la règle de l'inopposabilité des exceptions lorsqu'elle atteint un consommateur, même au profit d'un tiers porteur (1). Une solution plus nette, et moins susceptible de perturber le régime général des titres négociables, nous paraîtrait cependant d'interdire la souscription de traites en matière de ventes à tempérament, comme c'est déjà le cas pour les prêts personnels à tempérament (loi du 9 juillet 1957, mod. par la loi du 5 mars 1965, art. 19 bis § 2). Le projet de loi sur le crédit à la consommation adopte cette solution (2).

b- La seconde question particulière que la matière des titres négociables nous paraît actuellement susciter de lege ferenda est celle des grosses hypothécaires à ordre et au porteur.

(1) Cfr. le règlement du 14 novembre 1975 de la Federal Trade Commission (40 Federal Register 53506, 18 nov. 1975).

(2) Doc. Parl., Ch., 1976-77, n° 1102/1, art. 48. Il serait également opportun de modifier la loi du 9 juillet 1967 pour interdire les clauses par lesquelles, en dehors de tout recours aux effets de commerce, l'acheteur renonce au bénéfice de l'opposabilité des exceptions à l'égard de la société de financement (Sur ces clauses, cfr. E. CEREXHE et B. VERSTRAETE, La vente à tempérament et son financement dans le marché commun, t. II, Les droits belge et luxembourgeois, 1971, n° 126).

On connaît le système mis sur pied en Belgique à la suite d'une étude publiée en 1966 par notre collègue Raucent (1). Bien que ce système ne semble pas avoir rencontré le succès escompté, il fournit une intéressante application des techniques des titres négociables en matière civile (2). Une intervention législative serait-elle utile ?

L'exemple français justifie que la question soit posée. MM. Ghestin et Chaput ont expliqué les objectifs et le contenu de la loi du 15 juin 1976 (3). Le système des grosses à ordre et au porteur était également connu en France, mais dans ce pays, il avait donné lieu à divers abus et difficultés : perturbation des techniques hypothécaires, fraudes fiscales, fraudes familiales, etc... Le législateur de 1976 a d'abord substitué à l'expression "grosse hypothécaire" l'expression plus moderne de "copie exécutoire". Sur le fond, il a interdit la création de grosses au porteur, et réglementé la transmission des grosses à ordre : le seul endossement ne suffit plus, des notifications sont requises, par lettres recommandées avec avis de réception. Les formalités sont cependant allégées si l'endossement est consenti au profit de certains organismes financiers.

(1) L. RAUCENT, Des créances hypothécaires à ordre ou au porteur, Rev. Prat. Not., 1966, pp. 137-150.

(2) Cfr. P. VAN OMESLAGHE, n° 39.

(3) J. GHESTIN, n° 38 ; J. CHAPUT. Cfr. aussi le régime instauré par l'article 16 de la loi du 31 décembre 1969, décrit par J. CHAPUT, ibidem.

Si le marché hypothécaire belge est toujours intéressé à faciliter la circulation de ses créances, l'élaboration d'une législation appropriée serait utile, notamment pour lever les hésitations possibles à propos de la validité de titres négociables créés en dehors de tout support légal (cfr. infra), et pour prévenir l'apparition d'abus analogues à ceux que la France a connus. La loi du 15 juin 1976 fournirait une intéressante base de référence de lege ferenda.

c- La question générale est de savoir s'il serait opportun d'envisager la mise au point d'une législation d'ensemble sur les titres négociables.

Nous avons rappelé que la théorie générale des titres négociables n'est pas accréditée en France et en Belgique au même degré qu'en d'autres pays. En l'absence de cette consécration, une question essentielle reste ouverte, celle de la possibilité pour les particuliers de créer des titres négociables en dehors des titres reconnus par la loi. D'après M. Van Ommeslaghe, cette possibilité serait reconnue en droit belge (1) ; l'opinion contraire trouve cependant encore ses partisans, notamment en droit des assurances (2), malgré l'usage courant de polices au porteur en assurances-transports.

(1) P. VAN OMMESLAGHE, n° 31 ; dans le même sens, S. FREDERICQ,

(2) Cfr. notamment P. LALOUX, Traité des assurances terrestres en droit belge, 1944, n° 506 ; L. FREDERICQ, Traité de droit commercial belge, III, 1947, n° 365 ; R. VANDEPUTTE, Inleiding tot het verzekeringsrecht, 1978, p. 66.

D'autre part, lorsque la pratique crée des titres négociables sans le support d'une législation, plusieurs aspects du régime juridique de ces titres risquent de donner lieu à des incertitudes : mode de transfert, étendue de l'inopposabilité des exceptions, solidarité éventuelle entre les signataires, etc... Un minimum de formalisme doit aussi être imposé afin de permettre de situer sans équivoque le champ d'application de ce régime spécial.

L'élaboration d'une législation générale sur les titres négociables serait de nature à lever ces difficultés. Elle préciserait les conditions dans lesquelles de tels titres peuvent être créés, ainsi que les régimes respectifs des principales catégories de titres (titres nominatifs, à ordre ou au porteur, titres abstraits ou concrets) dans la mesure où n'y déroge pas une législation particulière à certains titres déjà réglementés (lettre de change, billet à ordre, chèque, etc...).

Il s'agit sans doute d'une œuvre de longue haleine, mais de remarquables sources d'inspiration sont disponibles. De tels régimes généraux des titres négociables existent déjà notamment dans le Code suisse des Obligations (art. 965-1155) et dans le Code civil italien (art. 1992-2027). Pareille réglementation constitue un volet essentiel d'un régime moderne de la transmission des obligations (1).

(1) Certains aspects particuliers des titres négociables seront repris infra, pp. 59-62.

C) La transmission des dettes.

Avec la transmission des dettes, l'on aborde sans doute le coeur des problèmes suscités de lege ferenda par la transmission des obligations. Le droit français et les droits satellites connaissent en la matière une lacune majeure, qui trahit le retard du Code Napoléon par rapport aux grandes codifications modernes. Le rapport du Professeur Neumayer met cet écart en évidence (1).

Certes, MM. Ghestin et Van Ommeslaghe l'ont montré (2), il n'est pas impossible de transférer des dettes dans l'état actuel de notre droit, ou tout au moins d'aboutir à des résultats analogues. La stipulation pour autrui, la délégation et la novation jouent à cet égard des rôles d'importances variables. D'autre part, la "cession interne" est possible sur base de l'article 1236 du Code civil, et l'on peut même estimer que cette cession confère au créancier un droit direct contre le cessionnaire en invoquant la stipulation pour autrui ou l'engagement par voie unilatérale ; mais le débiteur initial n'est pas déchargé. Enfin et surtout, la liberté des conventions permet de construire une véritable reprise de dette calquée sur les figures juridiques étrangères ; mais en l'absence d'une consécration légale, le procédé est délicat à mettre en oeuvre.

(1) K.H. NEUMAYER, pp.

(2) J. GHESTIN, n° 82-88 ; P. VAN OMMESLAGHE, n° 55-60 .

Doter notre droit d'un bon mécanisme de transfert des dettes paraît une tâche prioritaire, d'autant plus que la matière a des répercussions directes sur la cession des contrats, dont il sera question plus loin. L'importance pratique d'une telle réforme n'est plus à démontrer : les travaux de ces Journées ont suffisamment souligné les difficultés innombrables que suscite en tant de domaines l'absence d'un régime adéquat de transmission des dettes.

Mettant l'accent sur l'objectif prioritaire, on examinera d'abord les conditions dans lesquelles notre droit pourrait accueillir la reprise de dette. Il sera ensuite question de la délégation, de la novation et de la stipulation pour autrui : quel pourrait encore être leur rôle si la reprise de dette était introduite, comment sinon pourrait-on améliorer leur régime ?

1. La reprise de dette.

Une question de principe domine la matière : est-il concevable d'instituer un mécanisme par lequel une cession de dette intervenue entre cédant et cessionnaire s'imposerait au "cédé", c'est-à-dire au créancier, sans l'accord de celui-ci, la dette étant transférée telle quelle, et le débiteur initial étant déchargé ? Une telle cession de dette se présenterait comme une opération symétrique à la cession de créance, qui, on le sait, se réalise sans l'accord du débiteur cédé ; tout au plus s'agit-il d'informer ce dernier de l'opération intervenue.

Le rapport de M. Neumayer l'a démontré, même les droits étrangers techniquement les plus évolués ne se sont pas engagés dans cette voie (1). Si la cession de créance sans l'intervention du débiteur est reconnue depuis longtemps dans les différents droits, car les intérêts du débiteur ne sont en principe pas affectés, la cession de dette ne peut être imposée au créancier, car la considération de la ponctualité, de la solvabilité et de l'honnêteté du débiteur initial ont été déterminantes dans la naissance du lien de droit.

De lege ferenda, il ne semble pas possible d'adopter une attitude différente, du moins à propos du régime général de la transmission des obligations. L'adhésion du créancier peut certes être présumée dans certains cas. D'autre part, dans des situations particulières, l'intérêt général peut dicter qu'un changement de débiteur soit imposé au créancier, à condition que des garanties lui soient fournies quant à l'exécution de l'obligation ; on en verra des exemples plus loin, dans la partie spéciale de ce rapport. Mais en ce qui concerne le régime général, on ne proposera pas de position révolutionnaire par rapport aux droits étrangers : la reprise de dette à organiser exigera l'adhésion du créancier pour produire tous ses effets.

La portée de cette adhésion du créancier doit être située par rapport à la cession interne, à laquelle on a déjà fait allusion. En aucun cas, celle-ci ne libère le débiteur initial. Quant au lien de droit éventuellement créé entre le cessionnaire et le créancier, s'il s'explique par une stipulation pour autrui,

(1) K.H. NEUMAYER,
Rappelons cependant la prise de position différente du droit musulman, évoquée supra, p. 6.

il est distinct du lien originaire et il reste révocable par le cédant jusqu'à l'acceptation du créancier ; ces inconvénients disparaissent si l'on justifie la naissance de ce lien par un engagement unilatéral du cessionnaire, mais cette explication risque d'être affectée par les doutes qui pèsent encore sur la reconnaissance dans notre droit de l'engagement par voie unilatérale comme source d'obligations (1). La cession interne possède d'incontestables vertus en tant que mécanisme de substitution, dans l'état actuel du droit. Mais elle ne peut remplacer une véritable reprise de dette, consacrée par l'adhésion du créancier (2).

Lorsque le créancier donne son accord à la reprise de dette, il peut le faire de deux manières différentes : ou bien il accepte purement et simplement de changer de débiteur (cession "parfaite"), ou bien il accepte l'engagement du nouveau débiteur, mais il ne délie pas le débiteur originaire (cession "imparfaite" ou "cumulative"). M. Neumayer a confirmé la coexistence habituelle de ces deux situations en droit comparé (3). Elles correspondent toutes deux à des nécessités pratiques, le choix du créancier dépendant de la confiance que selon les circonstances il peut avoir respectivement dans l'un et l'autre des débiteurs. Notre droit connaît d'ailleurs des situations analogues à propos de la délégation, qui peut être parfaite ou imparfaite. Si la reprise de dette est

-
- (1) Sur ce fondement possible de l'engagement du nouveau débiteur, cfr. L. SIMONT, La cession de bail, supra, pp. (ci-après cité L. SIMONT), n° 15.
- (2) De lege ferenda, il ne paraît pas nécessaire de réglementer la cession interne ; un texte pourrait éventuellement confirmer sa validité, et la situer par rapport à la reprise de dette. Comp. en droit comparé le § 329 du BGB et l'art. 175 du Code suisse des Obligations.
- (3) K.H. NEUMAYER, pp.

organisée en droit français ou belge, il paraît opportun de l'assortir également de ces deux modalités ; pour la clarté du système, il serait utile que la distinction apparaisse expressément dans les textes.

Comment obtenir l'accord du créancier ? Les régimes juridiques qui organisent la reprise de dette proposent généralement deux procédés : soit une demande d'adhésion du créancier à un accord préalable entre le débiteur originaire et le reprenant, soit un accord direct entre le reprenant et le créancier, le débiteur originaire restant éventuellement étranger à l'opération (1).

De lege ferenda, ces deux procédés peuvent sans doute être retenus. Mais il ressort du rapport de M. Neumayer qu'une série d'options devront être prises quant aux modalités. Dans l'opération en deux temps, peut-on présumer dans certains cas l'accord du créancier ? Le contrat de reprise est-il révocable en attendant cet accord ? Faut-il impartir au créancier un délai pour accepter ? A quel moment la reprise de dette produira-t-elle ses effets en cas d'accord du créancier ? En cas d'accord direct entre le reprenant et le créancier, peut-on vraiment se passer du concours de l'ancien débiteur (2) ? Dans les deux hypothèses, l'accord du créancier doit-il être soumis à des règles de forme ?

(1) Ibid, pp.

(2) Une solution analogue prévaut dans notre droit à propos de la novation par changement de débiteur (art. 1274 du Code civil) ; mais est-elle cohérente avec le principe d'après lequel la remise de dette n'est pas un acte unilatéral, mais une convention ?

Le régime à organiser devra aussi prendre position en ce qui concerne les effets de la reprise de dette. L'innovation principale par rapport aux effets de la délégation est que la reprise opérerait un véritable transfert de la dette au reprenant, notamment sur le plan de l'opposabilité des exceptions. Toutes les exceptions ne sont cependant pas opposables ; certains sont personnelles à l'ancien débiteur. D'autre part, il faudra décider dans quelle mesure le reprenant peut invoquer à l'égard du créancier les exceptions relatives au contrat de reprise.

Un autre aspect important de l'aménagement des effets de la cession de dette est celui du sort des sûretés et accessoires. Lorsque des sûretés ont été fournies par des tiers, il faudra sans doute prévoir l'accord de ces derniers pour réaliser la transmission des sûretés (1).

Les difficultés sont nombreuses. Mais il ne s'agit pas de légiférer dans des voies inexplorées. La reprise de dette est depuis longtemps une institution éprouvée dans de nombreux droits étrangers. L'élaboration d'un régime à introduire dans notre droit se ferait dans des conditions privilégiées, puisqu'il pourrait être tiré avantage de diverses expériences antérieures.

Ce régime ferait normalement l'objet d'un ensemble de quelques articles, susceptibles d'être greffés sans inconvénient sur le Code civil actuel. La reprise de dette ne bouleverse en effet aucun principe fondamental de notre droit ; la doctrine contemporaine, on l'a rappelé, reconnaît d'ailleurs qu'elle est déjà susceptible d'être organisée conventionnellement. Sa réglementation ne pose que des questions de pure technique juridique.

(1) Sur ces différentes questions, cfr. K.H. NEUMAYER, pp.

La place de ces nouveaux articles dans le Code ne serait cependant pas facile à déterminer, le Code ne consacrant aucun chapitre spécifique à la transmission des obligations. Idéalement, un nouveau chapitre devrait être créé dans le Titre III du Livre II, qui regrouperait, sous un intitulé adéquat, les différentes règles relatives à la transmission des créances, des dettes et des contrats.

2. La délégation (et la novation).

Tout comme la problème de la subrogation se posait différemment de lege ferenda selon que le régime de la cession de créance était ou non aménagé, le traitement à appliquer à la délégation ne peut être envisagé dans les mêmes termes si la reprise de dette est organisée, ou dans le cas contraire.

Si la reprise de dette est introduite dans notre droit, la délégation ne présentera plus le même intérêt (1), et l'on pourrait sans grand inconvénient laisser en l'état les textes actuels du Code civil. Dans le cadre d'une réforme d'ensemble du Code, il faudra s'interroger sur l'opportunité de maintenir ce mécanisme à côté de la reprise de dette ; l'exemple italien plaide en faveur du maintien (2). La délégation présente en effet ses caractéristiques propres, notamment en ce qui concerne l'inopposabilité

(1) Nous envisageons ici la délégation utilisée comme procédé de circulation des dettes. On sait que la délégation remplit diverses autres fonctions (cfr. J. RONSE, op. cit., n° 15-27 et notamment supra, p. 33 à propos de la transmission des créances).

(2) Cfr. K.H. NEUMAYER,

des exceptions (1), qui peuvent dans certains cas répondre aux vœux des parties intéressées.

Si la reprise de dette n'était pas accueillie, il serait au moins opportun d'améliorer les textes relatifs à la délégation. Les articles 1275 et 1276 ne rendent pas justice à l'institution. Il conviendrait en premier lieu de détacher le régime de la délégation de celui de la novation ; malgré les liens qu'elles entretiennent dans certains cas, les deux institutions ne se confondent pas (2). Le régime de la délégation serait utilement déplacé du chapitre de l'extinction des obligations au chapitre à créer de la transmission des obligations, bien que la délégation ne soit pas à proprement parler un mode de transmission. De nouveaux textes devraient être élaborés, qui distingueraient clairement la délégation parfaite de la délégation imparfaite, et préciseraient la portée de l'inopposabilité des exceptions. Le Code civil italien fournit une intéressante base de comparaison.

3. La stipulation pour autrui.

Le rôle joué par la stipulation pour autrui dans la pratique juridique contemporaine n'est plus à souligner, et ce

(1) Le caractère abstrait de l'engagement du délégué n'est pas discuté en Belgique (cfr. P. VAN OMMESELAGHE, n° 58), mais il en va différemment en France (cfr. J. GHESTIN, n° 88).

(2) La novation peut aussi se réaliser par changement d'objet ou changement de créancier. La novation par changement de débiteur, elle-même, n'est pas une délégation quand elle se réalise sans l'intervention du débiteur initial (expromission : art. 1274 C. Civ.). La délégation imparfaite n'est pas novatoire (art. 1275).

n'est que très accessoirement, par rapport à ses autres fonctions, que l'institution contribue à pallier dans certains cas l'absence de régime adéquat de reprise de dette (1).

L'article 1221 du Code civil ne traduit certainement pas la physionomie actuelle de la stipulation pour autrui, en raison notamment de sa tendance très restrictive. Mais la rédaction de nouveaux textes ne trouverait manifestement pas sa place dans le cadre de la transmission des obligations, la portée de la stipulation pour autrui étant beaucoup plus vaste. Si ces textes ne font que consacrer les solutions doctrinales et jurisprudentielles actuelles, qui paraissent donner satisfaction, la stipulation pour autrui continuerait à jouer un rôle intéressant en matière de cession de dettes, même si la reprise de dettes était organisée (2). La stipulation pour autrui permet en effet d'obtenir l'engagement d'un nouveau débiteur envers le créancier, sans l'accord de ce dernier ; le débiteur original n'est évidemment pas libéré, et la stipulation, on le sait, reste révocable tant que le créancier ne l'a pas acceptée.

D) La cession des contrats synallagmatiques.

Un régime légal de la cession des contrats synallagmatiques est-il souhaitable de lege ferenda ?

(1) Cfr. J. GHESTIN, n° 83-84 ; P. VAN OMME-SLAGHE, n° 60.

(2) Cfr. cependant les objections de P. VAN OMME-SLAGHE, loc. cit.

Fréquentes sont les situations où le besoin est ressenti de céder un contrat. Nos débats en ont fourni de multiples illustrations : cession du contrat de bail par le propriétaire en cas d'aliénation de l'immeuble ou par le locataire en cas de départ prématuré, cession du contrat d'assurance par l'assuré en cas d'aliénation de la chose assurée ou par l'assureur en cas de cession de portefeuille, cession de la vente d'un immeuble à construire, cession d'une promesse unilatérale de vente, transmission des contrats les plus divers, mais particulièrement des contrats de travail et d'emploi, à l'occasion des fusions et scissions de sociétés, ainsi que des fusions de communes, etc...

Dans certains cas, le sort juridique du contrat fait déjà l'objet de dispositions légales : il en est ainsi, notamment, en matière de bail, d'assurance et de fusions de communes. Ces dispositions sont souvent loin d'être parfaites ; il en sera question plus loin, dans la partie spéciale de ce rapport.

Sur le plan général, en l'absence de disposition particulière, la cession de contrat se réalise au milieu de grandes difficultés juridiques. Les rapports de MM. Ghestin et Van Ommeslaghe ont montré toute la complexité du problème (1). Le régime de la cession de contrat, écrit M. Ghestin, reste "très obscur et controversé". Le Code civil n'organise pas l'opération. La solution traditionnelle est d'en aménager le régime à partir d'institutions existantes, cession de créance d'une part, stipu-

(1) J. GHESTIN, n° 89-99 ; P. VAN OMMESLAGHE, n° 69-75.

(2) J. GHESTIN, n° 89.

lation pour autrui ou délégation d'autre part. Mais ce "dépeçage" dénature l'opération. Certes, un contrat synallagmatique n'est pas nécessairement indissociable. Un vendeur, par exemple, peut parfaitement céder sa créance de prix en conservant ses obligations. Mais lorsque c'est l'ensemble du contrat qui est cédé, il est malaisé de combiner les régimes respectifs du transfert des créances et des dettes, et les solutions ne sont d'ailleurs pas toujours adéquates : ni la stipulation pour autrui ni la délégation, notamment, ne conduisent à des résultats satisfaisants en ce qui concerne l'opposabilité des exceptions (1). L'absence d'un régime légal de la reprise de dette complique évidemment l'opération (2).

Certes, une partie de la doctrine et de la jurisprudence adopte des positions audacieuses, comme semble notamment en témoigner un arrêt récent de la Cour de Cassation belge en matière de cession d'entreprise, dont l'interprétation reste cependant très controversée (3). Mais l'insécurité juridique reste grande, et elle s'avère extrêmement regrettable à propos d'une opération d'une aussi grande utilité économique.

-
- (1) Cfr. J. GHESTIN, n° 98 ; P. VAN OMMESLAGHE, n° 69 ; cfr. également P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations. Examen de jurisprudence (1968-1973)*, *Rev. Crit. Jur. B.*, 1976, p. 665.
- (2) On tiendra également compte, pour la transmission du côté actif du contrat, des difficultés résultant des exigences de l'article 1690 du Code civil (cfr. J. GHESTIN, n° 99 ; P. VAN OMMESLAGHE, n° 75).
- (3) Cass., 6 juin 1973, *Pas.*, 1973, I, 923 ; P. VAN OMMESLAGHE, n° 71 ; cfr. également infra, p. 79.

De lege ferenda, un bon régime de la transmission des obligations devrait également comprendre une réglementation générale de la cession de contrat.

Le droit comparé, cependant, révèle une constatation surprenante. Alors que le retard technique de notre droit est flagrant par rapport aux codifications contemporaines en ce qui concerne la cession de créance et la reprise de dette, le rapport de M. Neumayer souligne que la cession de contrat ne fait pas non plus l'objet de dispositions spéciales dans la plupart des codes étrangers, y compris le BGB et le Code suisse des Obligations (1). Certes lorsque la cession de créance est bien conçue et que la reprise de dette est organisée, la cession de contrat ne présente plus les mêmes problèmes. Mais on se heurte toujours aux difficultés de combiner des mécanismes de deux types pour réaliser une opération dont le régime devrait être homogène.

Les rares exemples de réglementation légale de la cession de contrat méritent donc un intérêt tout particulier. Il s'agit principalement des codes italien, portugais et sénégalais, ainsi que du projet néerlandais (2).

Ces textes devraient servir de modèles à l'élaboration du régime souhaité. Ils consacrent tous la théorie unitaire de la cession de contrat : il s'agit d'une opération sui generis

(1) K.H. NEUMAYER, pp.

(2) Ibid. ; sur le code sénégalais, cfr. G. RIVES, Théorie générale des obligations en droit sénégalais, Rev. sénégalaise de Droit, 1971, pp. 58-59.

à trois parties, non de la combinaison de deux mécanismes différents. Le consentement du co-contractant est évidemment toujours requis, mais il peut intervenir par acte séparé, voire anticipativement ; il importe cependant que les textes précisent à partir de quand le contrat est cédé. Le cédant est en principe libéré, sauf si le co-contractant exige le maintien de son engagement ; l'on peut alors, comme dans le Code italien, donner à cet engagement un caractère subsidiaire par rapport au nouvel engagement du cessionnaire. Les exceptions et les accessoires sont normalement transmis (1), et l'on peut rendre le cédant garant envers le cessionnaire de l'existence et de la validité du contrat. La cession devrait être opposable aux tiers sans formalité particulière, si l'article 1690 est abrogé comme nous l'avons préconisé (2).

L'existence d'un régime autonome de la cession de contrat ne ferait pas obstacle à des opérations plus limitées, telles que la cession séparée d'une créance ou d'une dette résultant de ce contrat.

* *

*

(1) Au sujet des sûretés, cfr. les propositions de
P. VAN OMMESELAGHE, n° 74.

(2) Cfr. supra, p. 17.

Au terme de l'examen du régime général de la transmission des obligations, qu'il soit permis de faire brièvement le point. De lege ferenda, la réforme du régime de la cession de créance est un objectif prioritaire, principalement en ce qui concerne les conditions d'opposabilité aux tiers. Il existe en la matière un avant-projet Bénélux, à propos duquel on a cependant émis certaines critiques. La subrogation conventionnelle donne actuellement satisfaction, mais l'institution pourrait être remise en cause si la cession de créance était réorganisée. Les nombreux cas de subrogation légale devraient faire l'objet d'une étude d'ensemble en vue d'harmoniser les régimes et de résoudre certaines difficultés. Les titres négociables devraient être dotés d'un régime légal de base. Un autre objectif prioritaire consiste dans l'organisation légale de la reprise de dette, à l'exemple de nombreuses législations étrangères. Les textes relatifs à la délégation méritent d'être améliorés et complétés. La cession des contrats synallagmatiques devrait être organisée par une série de dispositions. Le Code civil pourrait accueillir un nouveau chapitre, où seraient regroupées différentes institutions relatives à la transmission des obligations.

Ce programme est déjà très ambitieux. Il doit cependant être complété par une série de propositions relatives à des aspects plus particuliers de notre thème, dont il va maintenant être question.

II. Les régimes spéciaux.

Le régime général de la transmission des obligations, écrivions-nous, "doit exprimer les solutions qui paraissent les plus adéquates aux situations les plus courantes" ; les régimes spéciaux, quant à eux, sont destinés à apporter "les variantes et correctifs justifiés par les particularités des hypothèses auxquelles ils se rapportent" (1).

Ces régimes particuliers sont nombreux ; nos débats en ont révélé la très grande diversité. Quelles réflexions appellent-ils de lege ferenda ?

Dans certains cas, l'intérêt du régime spécial s'apprécie en fonction des inconvénients du droit commun. La loi du 31 mars 1958, par exemple, a voulu simplifier les formalités de l'article 1690 du Code civil à propos de l'endossement des factures. Si le régime de droit commun était modifié, l'existence d'un régime spécial ne se justifierait peut-être plus. Mais dans l'état actuel des choses, le régime spécial lui-même suscite souvent aussi des remarques critiques. Dans d'autres cas, même si le régime général subissait les modifications qui ont été suggérées dans la première partie de ce rapport, la présence de régimes spéciaux continuerait à se justifier. Le régime général, par exemple, ne permettra

(1) Cfr. supra, p. 4.

normalement pas de réaliser une reprise de dette sans l'accord du créancier ; mais ce peut être le cas dans certaines situations particulières.

L'examen des régimes spéciaux de lege ferenda s'avère donc relativement complexe, dans la mesure où il dépend en partie du maintien ou de la réforme du régime général.

D'autre part, la variété des domaines où se présentent des régimes spéciaux de transmission des obligations est considérable. L'étendue du sujet est véritablement immense. Dans le cadre de ce rapport, il ne peut être question de procéder à un relevé exhaustif, ni de traiter de manière approfondie chacun des aspects du thème. L'on tentera de regrouper en fonction des objectifs poursuivis les principaux régimes particuliers qui appellent des considérations de lege ferenda.

Quels sont ces objectifs ? Tantôt, il s'agit de modifier les mécanismes de la transmission des créances, soit pour les simplifier, soit au contraire pour les frapper de restrictions. Tantôt, il s'agit de faciliter le transfert de certains contrats, en réalisant la transmission sans l'accord du co-contratant, avec ou sans décharge du cédant (1).

(1) Il ne semble exister aucun régime particulier qui ne concernerait qu'un transfert de dettes, isolé de la transmission d'un contrat.

A) Régimes particuliers de transfert des créances.

1. Allègement des formalités.

Dans la plupart des cas, les régimes particuliers simplifient les formalités de transmission des créances par rapport au droit commun. Nous en reprendrons quelques exemples. Ils concernent le transfert des créances contre les assureurs en assurance-vie et en assurance-crédit(1), l'endossement de la facture tel qu'il est pratiqué dans l'affacturage, les nouvelles techniques françaises de mobilisation des crédits et la circulation des créances inscrites sur bande magnétique.

a- En assurance-vie, l'article 42 de la loi du 14 juin 1874 énonce que "la transmission des droits résultant de l'assurance s'opère par le transfert de la police signé par le cédant, le cessionnaire et l'assureur" ; il s'agit de simplifier les formalités de l'article 1690 du Code civil (2).

Dans la pratique, cependant, les rapports entre ce régime et celui de l'attribution bénéficiaire (art. 43) suscitent beaucoup de confusions et d'incertitudes, principalement quand l'opération se réalise au profit d'un créancier de l'assuré. Les champs d'application respectifs de ces deux textes, ainsi que leurs rapports avec la mise en gage des polices, devraient être clarifiés dans la nouvelle loi sur le contrat d'assurance, actuellement à l'étude d'une commission du Ministre de la Justice. A notre avis,

(1) Sur les polices d'assurance à ordre et au porteur, cfr. S. FREDERICQ, , et supra, p. 38.

(2) Cfr. S. FREDERICQ. On remarquera cependant que l'opération implique l'intervention active du débiteur cédé, l'assureur, non requise en cas de signification sur base de l'article 1690.

l'attribution bénéficiaire suffit à répondre aux besoins du souscripteur, mais le bénéficiaire, par contre, devrait se voir réserver le mécanisme de cession simplifiée prévu à l'article 42 (1).

b- En assurance-crédit, l'article 4bis de l'arrêté royal n° 42 du 31 août 1939 simplifie les conditions d'opposabilité à l'Office National du Ducroire du transfert à un tiers du droit de percevoir les indemnités (rédaction d'un avenant signé par l'Office et l'assuré(2)). Ce texte semble donner satisfaction. Faut-il, dans le cadre de la réforme en gestation de la loi sur les assurances, s'inspirer de cette solution pour l'assurance-crédit en général ? L'utilité d'une telle initiative est à apprécier selon le sort réservé au vœu de simplifier au niveau du droit commun le régime d'opposabilité aux tiers de la cession de créance.

c- Le développement de l'affacturage, au cours des vingt dernières années, a beaucoup contribué à mettre en évidence les insuffisances de notre droit positif en matière de transmission des obligations. L'opération consiste en effet essentiellement en un transfert de créances, et les praticiens ont dû mettre à l'épreuve les différentes techniques disponibles. En France et en Belgique, la pratique de l'affacturage a été accablante pour l'article 1690 du Code civil, dont le formalisme s'est avéré

(1) Cfr. notre étude L'assurance-vie et la garantie des créances en droit belge, Rev. de la Banque, 1969, pp. 537-565, comportant diverses propositions de lege ferenda.

(2) Ici également, on n'échappe aux formalités de l'article 1690 qu'au prix d'une intervention active du débiteur cédé.

totale~~ment~~ inacceptable, pour des raisons tant psychologiques qu'économiques. La cession de créance n'a jamais été retenue comme procédé de transfert. Les Français lui ont préféré la subrogation conventionnelle, et les Belges ont recouru aux procédés de la loi du 31 mars 1958 sur l'endossement de la facture. Les rapports de MM. Chaput (1) et Dhaeyer (2), ainsi que les rapports généraux de MM. Ghestin (3) et Van Ommeslaghe (4), ont décrit ces différentes techniques, que M. Neumayer (5) a situées dans un cadre comparatif.

La loi du 31 mars 1958 offre-t-elle aux sociétés d'affacturage belges un cadre juridique entièrement satisfaisant pour le transfert des factures ? Loin s'en faut, puisque la technique simplifiée de notification au débiteur (lettre recommandée avec avis de réception) que prévoit l'article 16 al. 1 de cette loi est encore jugée trop lourde par les praticiens et n'est pas respectée dans les faits. Le débiteur est prévenu du transfert de la créance par une lettre ordinaire que lui envoie son fournisseur ou le factor, voire par un simple papillon collé sur la facture (6).

-
- (1) J. CHAPUT,
 - (2) B. DHAEYER,
 - (3) J. GHESTIN, n° 45.
 - (4) P. VAN OMMESLAGHE, n° 25-26.
 - (5) K.H. NEUMAYER,
 - (6) B. DHAEYER,

Cette situation maintient l'affacturage dans une insécurité juridique évidente. Certains auteurs ont cherché à démontrer que la pratique actuelle suffit à rendre le transfert opposable au débiteur, sur base d'une interprétation de l'art. 16 de la loi. Le seul endossement rendrait la cession opposable à tous, le débiteur étant compris parmi les "tiers" visés au troisième alinéa de cette disposition. Les formalités du premier alinéa n'auraient pour but que de faciliter la preuve de la mauvaise foi du débiteur qui paierait en d'autres mains que celles de l'endossataire (1).

Comme cette interprétation ne rallie pas tous les suffrages, une réforme de l'article 16 serait souhaitable de lege ferenda, pour lever l'ambiguïté du texte. La solution favorable aux sociétés d'affacturage serait évidemment de confirmer par un texte clair l'opposabilité du transfert à tous les tiers, y compris le débiteur cédé, par le seul fait de l'endossement.

Le problème des factors belges serait cependant résolu si le droit commun de la cession de créance était modifié dans le sens que nous avons préconisé (2).

d- M. Chaput a décrit les nouvelles techniques de mobilisation de certains crédits introduites en France par l'ordonnance n° 67-838 du 28 septembre 1967 (3).

(1) Ibid., p. et les références citées ; D. PHILIPPE, Banque et affacturage. Compte rendu des discussions en commissions, supra, pp.

(2) Cfr. par ailleurs les réflexions de D. PHILIPPE, L'endossement de la facture est-il le mode idéal de transmission des créances dans l'affacturage ?, supra, pp.

(3) J. CHAPUT,

Si la facture protestable ne paraît guère avoir rencontré de succès, le système du contrat de crédit à moyen terme mobilisable, organisé par l'ordonnance du 28 septembre 1967, est par contre largement utilisé par les organismes français de mobilisation des crédits à moyen terme. Ce système est révélateur d'une constatation qui nous conduit aux frontières avancées de notre thème. Dans les secteurs où la transmission des obligations devient une opération de masse, même les techniques simplifiées des titres négociables sont considérées comme lourdes et impraticables. La pratique recule devant l'endossement de milliers d'effets ; les organismes mobilisateurs, d'autre part, répugnent à prendre en charge les opérations de recouvrement.

La solution imaginée en matière de crédits à moyen terme consiste à abandonner la détermination du mode de transfert, tant entre parties qu'à l'égard des tiers, aux conventions des parties, la "mise à la disposition" du cessionnaire pouvant n'être qu'une mise sous dossier dans les archives du cédant⁽¹⁾. Le transfert, d'autre part, n'est que fiduciaire, afin de permettre la rétrocession qui habilitera le cédant à se charger du recouvrement. Le système supprime en effet les inconvénients évoqués. Mais il ne manque pas de présenter des dangers pour les créanciers de la banque, auxquels est opposable une masse de transferts réalisés sans autre formalité que l'émission d'un billet à ordre global. L'adoption d'un tel régime suppose donc une prise de position sur les intérêts respectifs en cause ; elle ne peut, semble-t-il, se concevoir qu'en faveur de certaines catégories de cessionnaires que le législateur entend privilégier.

(1) Comp. le régime instauré par l'article 16 de la loi du 31 décembre 1969, décrit par J. CHAPUT, p. ; comp. également en Belgique, la circulation des effets en "pension" à l'I.R.G., décrite par J. PARDON, et à ce sujet, D. PHILIPPE, Banque et affacturage. Compte rendu des discussions en commissions, supra, pp.

Les milieux belges concernés paraissent de toute façon peu intéressés par l'adoption de procédures inspirées de ces mécanismes français, la Banque Nationale, contrairement à la Banque de France, n'ayant jamais accepté de mobiliser les créances à moyen terme.

e- Dans un article remarqué, M. Vasseur a décrit les perturbations qu'apporte au droit cambiaire l'usage de plus en plus généralisé des bandes magnétiques pour la réalisation d'opérations sur effets de commerce (1). Avec la lettre de change relevé (LCR), le recouvrement d'une traite escomptée n'implique plus la présentation de l'effet au tiré, mais l'envoi à ce dernier, par sa banque, d'un relevé établi par ordinateur. Avec la LCR-bande magnétique, on n'établit même plus de lettre de change, tout se réalisant par des jeux d'inscription sur la bande. Si la LCR permet encore l'application de certaines des règles du droit cambiaire, tel n'est plus le cas de la LCR-bande magnétique, qui n'a plus de la lettre de change que ces initiales trompeuses.

M. Vasseur souligne que ces procédés modernes s'imposent en vue d'échapper à la manipulation des masses d'effets. Il se demande s'il ne serait pas possible de construire un régime juridique de la cession de créance adapté à l'ordinateur. "La plus grande audace, écrit-il, consisterait à considérer que la bande magnétique elle-même pourrait être représentative des créances dont elle fait état et que, grâce à une indication codée qu'elle incorporerait et qui signifierait qu'elle a été "escomptée", sa remise entraînerait transmission de ces créances". A défaut, M. Vasseur

(1) M. VASSEUR, La lettre de change-relevé. De l'influence de l'informatique sur le droit, Rev. Trim. Dr. Comm., 1975, pp. 203-263.

suggère d'écarter l'article 1690 du Code civil en matière commerciale, ou tout au moins de prévoir un formalisme simplifié, consistant par exemple dans la remise au banquier d'un bordereau accompagnant les bandes magnétiques, le débiteur étant informé de l'opération (1).

Dans ce domaine également, on assiste au franchissement d'une nouvelle étape de l'évolution. L'ordinateur rend inapplicables les techniques pourtant perfectionnées des titres négociables. M. Pardon évoque également ces problèmes ; il émet le voeu qu'ils fassent l'objet de l'attention des juristes (2).

De lege ferenda, le phénomène ne peut en effet manquer de susciter des réflexions et des projets. Il achève de mettre en évidence l'archaïsme de notre droit positif en matière de transmission des créances. Plus haut, nous avons pu considérer comme un objectif souhaitable d'adopter un régime des titres négociables inspiré des textes dont la Suisse s'est dotée depuis plus de 40 ans (3). Cet objectif mérite toujours d'être pris en considération ; mais une réforme plus ambitieuse pourrait également tenter d'imaginer des techniques nouvelles, adaptées à la civilisation de l'ordinateur.

(1) M. VASSEUR, op. cit., pp. 255-256.

(2) J. PARDON, La transmission des obligations en droit bancaire belge, supra, pp. (ci-après cité J. PARDON), cfr. aussi D. PHILIPPE, Banque et affacturage. Compte rendu des discussions en commissions, supra, pp.

(3) Cfr. supra, pp. 38-39.

2. Restrictions à la cessibilité.

En d'autres hypothèses, le législateur est par contre intervenu pour apporter des restrictions à la cessibilité de certaines créances. Nous retiendrons ici deux de ces hypothèses(1), avant d'évoquer brièvement les problèmes de la mise en gage et du transfert fiduciaire des créances en général.

a- Protection de la rémunération des travailleurs.

M. Van Ommeslaghe a décrit le système de la loi du 12 avril 1965 et des articles 1409 et 1410 du Code Judiciaire (2). Diverses règles, destinées à protéger les travailleurs, restreignent la quote-part cessible de leur rémunération, exigent l'établissement d'une convention écrite de cession distincte de la convention dont la cession va garantir l'exécution, imposent l'insertion de certaines mentions obligatoires, organisent des formalités et des procédures particulières lorsque la cession est constatée par un acte sous seing privé, à la fois pour l'opposabilité aux tiers (3) et pour l'exécution de la cession entre parties. On relèvera spécialement l'obligation de notifier au cédant l'intention d'exécuter la cession, caractéristique du fait que la cession de salaire est normalement consentie à titre de garantie.

L'article 1409 du Code Judiciaire vient d'être modifié en ce qui concerne l'adaptation des quote-parts cessibles. Pour le surplus, ce régime ne semble pas appeler de réformes

(1) Il y en a d'autres. Cfr. notamment P. VAN OMMESLAGHE, n° 17, à propos de la cession des créances hypothécaires ; E. CEREXHE et B. VERSTRAETE, op. cit., n° 52, en matière de ventes à tempérament.

(2) P. VAN OMMESLAGHE, n° 27-29.

(3) Alors que le régime décrit apporte en général des restrictions à la cessibilité des créances de rémunérations, il simplifie au contraire les conditions d'opposabilité aux tiers par rapport au droit commun.

de lege ferenda, sauf à rencontrer le problème soulevé par M. Pardon à propos des prestations de santé à charge de l'assurance maladie-invalidité (1).

b- Cession et mise en gage de créances sur l'Etat.

La loi du 3 janvier 1958 interdit en principe la cession et la mise en gage des créances sur l'Etat du chef de travaux et de fournitures ; des exceptions sont cependant prévues au bénéfice des salariés, des fournisseurs de matériaux et des bailleurs de fonds.

Ce régime fait depuis longtemps l'objet de vives critiques de la part des banques, dont le rapport de M. Pardon s'est fait l'écho (2). Les principaux reproches concernent certaines difficultés relatives à la détermination du champ d'application du régime, l'obligation de tenir des comptes individualisés pour chacune des entreprises auxquelles se rapportent les créances cédées, et la carence manifestée jusqu'ici par le pouvoir exécutif dans l'établissement des modalités de délivrance du certificat d'entreprise ou d'adjudication, prévu par la loi pour faire titre en cas de cession ou de nantissement. M. Pardon évoque par ailleurs l'opportunité d'en revenir purement et simplement au droit commun.

(1) J. PARDON,

(2) Ibid.,

Après vingt ans d'expérience, cette législation mérite sans doute d'être remise en chantier. Son réexamen doit figurer dans l'ordre du jour de lege ferenda qui se dégagera de ces Journées.

c- Mise en gage et transfert fiduciaire des créances.

La cession d'une créance à titre pignoratif est soumise à certaines règles particulières. La remise du titre est généralement considérée comme nécessaire pour assurer la dépossession du cédant, condition de validité du gage. En ce qui concerne l'opposabilité aux tiers, la signification au débiteur est requise tant en matière civile qu'en matière commerciale, l'établissement d'un écrit à date certaine comportant certaines mentions étant en outre nécessaire en matière civile (1).

Ces exigences posent des problèmes, principalement dans le secteur bancaire, où la cession des créances intervient le plus souvent à titre de garantie (2). D'une part, certaines créances ne sont pas constatées par des titres, notamment celles qui trouvent leur fondement dans la loi. D'autre part, les formalités des articles 1690 et 2075 font l'objet des critiques habituelles. En outre, les banquiers ressentent comme un obstacle sérieux la nécessité de recourir à une décision du tribunal pour exécuter la garantie.

(1) P.H. DELVAUX, La mobilisation des créances à titre de garantie, supra, pp. (ci-après cité P.H. DELVAUX).

(2) J. PARDON,

Ceci explique le recours fréquent à la cession en pleine propriété, mais à titre fiduciaire, qui rencontre la première et la troisième de ces objections. Cette figure juridique présente néanmoins une grande incertitude, car elle n'est pas clairement établie dans notre droit, malgré la fréquence de son utilisation. Le risque principal est de la voir considérer comme un gage irrégulier (1).

Le transfert fiduciaire est cependant reconnu de manière au moins implicite par les législations qui viennent d'être commentées sur la protection de la rémunération des travailleurs et sur la cession et la mise en gage des créances sur l'Etat (2). Faut-il lui conférer une base juridique plus générale ? Il serait sans doute opportun de lever l'insécurité qui entoure une opération courante, mais on sera attentif à ne pas permettre d'éluder les garanties prévues par le législateur en matière de gage. De lege ferenda, une étude s'impose qui porterait à la fois sur la mise en gage et la cession fiduciaire des créances. Si le projet de nouveau Code civil néerlandais interdit le transfert fiduciaire, pourtant très répandu aux Pays-Bas, c'est à la faveur d'une réforme du régime du gage ; le phénomène est significatif. M. Delvaux, dans l'étude qu'il a préparée pour ces Actes, conclut également en faveur d'une réforme du régime de la mise en gage des créances (3).

(1) P.H. DELVAUX,

(2) Cette affirmation est contestée par P.H. DELVAUX, p. tout au moins en ce qui concerne la loi du 3 janvier 1958.

(3) P.H. DELVAUX,

Qu'il s'agisse d'assouplir ce régime ou d'organiser un régime parallèle du transfert fiduciaire, il faudra chercher la solution aux difficultés évoquées plus haut.

2) Régimes particuliers de transfert des contrats.

Des régimes particuliers de transferts de contrats existent en droit positif, généralement pour permettre la transmission sans l'accord du co-contractant, le cédant étant ou non déchargé. On distinguera les régimes liés à l'aliénation du bien auquel le contrat est relatif, les régimes mettant en jeu une succession universelle, et les autres régimes.

a- Régimes liés à l'aliénation d'un bien.

Nous n'examinerons pas l'ensemble des problèmes que pose la transmission de créances ou d'obligations liés à certains biens aliénés ; MM. Ghestin et Van Ommeslaghe y ont consacré des développements éclairants (1). Nous nous limiterons à deux situations déjà régies par des dispositions légales, celles du transfert de biens respectivement assurés et loués ; dans les deux cas, des réformes sont en cours d'élaboration, qui méritent une attention particulière.

(1) J. GHESTIN, n° 69-77 ; P. VAN OMMEFLAGHE, n° 40-42. Au-delà des controverses relatives aux fondements théoriques des solutions jurisprudentielles, on pourrait, de lege ferenda, consacrer dans des textes certaines de ces solutions. Ainsi, l'article 4 du projet Bénélux sur le fonds de commerce permet-il au sous-acquéreur du fonds d'invoquer l'obligation de non-concurrence pesant sur le vendeur primitif. Rappelons que la loi du 9 juillet 1971 accorde expressément l'action en garantie décennale (art. 6 al. 2) aux sous-acquéreurs.

a- Assurances.

Cette situation est traitée par l'article 30 de la loi du 11 juin 1874, dont la doctrine a maintes fois souligné la mauvaise rédaction (1).

La pratique contractuelle substitue d'ailleurs d'autres régimes aux solutions légales, comme en témoignent principalement les articles 33 et 34 de la police type d'assurance R.C. automobile et l'article 9 §§ 2 et 3 de la police incendie 1936-1960 (2).

Tout en laissant à la liberté des conventions la faculté de continuer à aménager des régimes particuliers, un nouveau texte devrait être élaboré en droit commun. Abandonnant les voies confuses de l'article 30 actuel, le législateur devrait à notre avis poser le principe de la transmission du contrat à l'acquéreur, pendant un certain délai, sauf si le bien fait auparavant l'objet d'une nouvelle couverture. Une telle solution est souhaitable, en tout cas pour les immeubles, dans la mesure où elle réduit le danger que des biens ne soient brusquement privés d'assurance, à l'insu de leur nouveau propriétaire mal avisé (3).

(1) Cfr. par exemple notre Précis de Droit des Assurances, n° 36 ; cfr. également M.H. MIGNON-GILLIS, Assurances. Compte rendu des discussions en commissions, *supra*, pp.

(2) Sur la police incendie, cfr. S. FREDERICQ,

(3) Dans le même sens, S. FREDERICQ,

b- Transmission du bail à l'acquéreur de l'im-
meuble.

1. Régime général.

L'article 1743 du Code civil interdit à l'acquéreur d'expulser le locataire dont le bail est authentique ou a date certaine, sauf clause contraire dans le contrat de bail.

M. Simont a rappelé les interprétations auxquelles le texte a donné lieu; la solution dominante est que le transfert à l'acquéreur de la position du bailleur résulte de la combinaison d'une cession de créance et d'une stipulation pour autrui, le bailleur restant tenu envers le locataire (1).

De lege ferenda, le projet de loi sur les contrats de louage modifie et complète le régime de l'article 1743 (2). L'article 1746 du projet "subroge" l'acquéreur aux droits et obligations du bailleur si le bail est fait par acte authentique ou a date certaine, tandis que le nouvel article 1747 est la reproduction presque littérale de l'actuel article 1743 (3).

(1) L. SIMONT, n° 25 ; cfr. aussi M.H. MIGNON-GILLIS, Bail. Compte rendu des discussions en commissions, supra, pp.

(2) Sur ce projet en général, cfr. M.H. MIGNON-GILLIS, Le projet de loi n° 415 relatif aux contrats de louage de choses, Ann. de Dr., 1979, pp. 3-69. On connaît les nombreux avatars que subit ce projet depuis son dépôt initial (Doc. Parl., 1977-78, Ch., n° 415/1). Un récent amendement gouvernemental remet à un stade ultérieur la réforme de divers textes, dont ceux qui concernent la cession du bail (Doc. Parl., S.E. 1979, Ch., n° 120/2). Nous commentons néanmoins ces derniers textes, dont l'examen parlementaire n'est probablement que retardé.

(3) Il y est question, dans le texte français, de bail à la date "incertaine". M. Gol propose de rectifier cette erreur manifeste (Doc. Parl., Ch., 1977-78, n° 415/2, art. 3, 10°).

Les articles 1748 à 1752 organisent l'information et l'indemnisation du locataire expulsé sur base de la faculté réservée dans le bail. L'article 1753 impose au bailleur d'avertir le locataire dont le bail n'est pas authentique ou n'a pas date certaine, lorsqu'il a l'intention de vendre la chose louée. L'article 1754 concerne l'acquéreur à pacte de rachat (1).

La coexistence des articles 1746 et 1747 du projet révèle une contradiction manifeste, que M. Simont a dénoncée (2). Deux régimes différents sont proposés simultanément, un nouveau régime de transfert global de la position du bailleur venant s'adjoindre au régime actuel combinant cession de créance et stipulation pour autrui. Nous nous rallions à la proposition de M. Simont de remanier la rédaction de l'article 1747 dans le sens qu'il indique (3), afin de supprimer la contradiction et de donner au texte la portée que l'exposé des motifs paraît vouloir lui attribuer (4). Dans ce cas, l'article 1746 fournirait le nouveau régime applicable en cas d'aliénation du bien loué, à savoir une cession active et passive du bail sans l'intervention du preneur. Il serait cependant

(1) Les premiers amendements du Gouvernement ont modifié la numérotation du projet initial. Les articles 1746 à 1754 sont devenus les articles 1714-46 à 1714-53, l'article 1751 ayant été abandonné (Doc. Parl., Ch., 1977-78, n° 415/9).

(2) L. SIMONT, n° 29 ; cfr. aussi M.H. MIGNON-GILLIS, op. cit., n° 19.

(3) L. SIMONT, loc. cit.

(4) Doc. Parl., Ch., 1977-78, n° 415/1, commentaire de l'art. 1746, al. 3.

opportun d'y apporter certaines précisions, notamment ce qu'il en est de la libération éventuelle du bailleur initial. D'autre part, la référence à la "subrogation" est incorrecte (1).

Faut-il subordonner ce transfert du contrat à la condition que le bail soit authentique ou ait date certaine ? L'exigence répond au souci légitime de protéger l'acquéreur contre certaines fraudes. Le rapport de M. Neumayer révèle qu'une condition analogue apparaît fréquemment en droit comparé (2). Des amendements au projet préconisent cependant sa suppression (3).

2. Baux commerciaux.

L'article 12 de la loi du 30 avril 1951 restreint les conditions dans lesquelles l'acquéreur peut expulser le locataire ; la transmission du bail se réalise donc dans de plus nombreuses situations, ce qui renforce la protection du locataire

(1) Il existe cependant d'autres exemples où le législateur fait allusion à une prétendue "subrogation" pour désigner un transfert global de droits et d'obligations : cfr. l'article 30 de la loi du 11 juin 1874 (assurances, cfr. supra, p. 68) et l'article 55 de la loi du 4 novembre 1969 (baux à ferme ; cfr. infra, pp. 72-73).

(2) K.H. NEUMAYER,

(3) Doc. Parl., Ch., 1977-78, n° 415/7, art. 3, 8° ; cfr. aussi n° 415/1, commentaire de l'art. 1746, al. 3.

commercial. M. Simont l'a exposé, ce texte ne modifie en rien la physionomie juridique de l'opération, qui reste donc soumise aux interprétations données à l'article 1743 du Code civil (1).

Le projet de loi risque de créer des difficultés à cet égard, puisqu'il prévoit que les articles 1746 à 1754 ne s'appliquent pas aux baux commerciaux (art. 1755 § 2) (2). La transmission du bail à l'acquéreur serait ainsi privée de sa base légale principale ! Si le législateur souhaite en la matière aménager un régime spécial pour les baux commerciaux, ce régime doit être élaboré : l'article 12 de la loi du 30 avril 1951 ne se suffit pas à lui-même.

3. Baux à ferme.

L'article 55 de la loi du 4 novembre 1969 dispose avec un laconisme exemplaire : "En cas d'aliénation du bien loué, l'acquéreur est subrogé aux droits et obligations du bailleur" (3).

Ici également, on regrettera l'impropriété de la référence à la subrogation. Pour le surplus, il semble bien

(1) L. SIMONT, n° 27.

(2) Ce texte est provisoirement abandonné dans les amendements présentés par le Gouvernement (Doc. Parl., Ch., 1977-78, n° 415/9).

(3) Sur ce texte, cfr. L. SIMONT, n° 28.

que cette disposition réalise une cession légale active et passive du bail à la date de l'aliénation, avec décharge du cédant, et sans l'accord du preneur, et sans exigence de date certaine. La solution est d'autant plus remarquable que le changement de débiteur est imposé au preneur sans l'octroi de garanties spéciales. Il est vrai que la loi sur les baux à ferme, dans son ensemble, accorde au locataire le bénéfice de tant de mesures de protection impératives que le changement de bailleur ne doit guère l'affecter (1).

Le projet de loi écarte l'application des articles 1747 à 1754 en matière de baux à ferme (art. 1755 § 3) (2). Cette fois, l'exclusion ne pose pas de problème, puisque l'article 55 de la loi du 4 novembre 1969 instaure un régime autonome. De lege ferenda, il ne paraît pas exister de raisons particulières de modifier ce texte, mis à part le souhait de remplacer la référence à la subrogation par une formulation plus correcte.

2. Régimes de transmissions universelles.

Dans certains cas, les conditions sont ou paraissent réunies pour que la transmission des contrats se réalise dans le cadre d'une succession universelle. C'est, d'après M. Daubie, la solution légale en matière de fusions de communes. C'est la solution

(1) Pour une autre justification possible, cfr. P. VAN OMMESLAGHE, n° 64 ; L. SIMONT, n° 28.

(2) Ce texte est provisoirement abandonné dans les amendements présentés par le Gouvernement (Doc. Parl., Ch., 1977-78, n° 415/9).

qui se dessine en doctrine et en jurisprudence en matière de fusions de sociétés. On s'interrogera sur l'applicabilité du système en ce qui concerne les scissions de sociétés et les cessions de fonds de commerce.

Nous traitons des transmissions universelles à propos du transfert des contrats, pour la commodité de l'exposé. Mais il va de soi que les créances et les dettes sont également entraînées par ce mode de transmission.

a- Fusions de communes.

Les fusions de communes, que notre pays vient de connaître sur une grande échelle, offrent un autre cas intéressant, mais relativement spécifique, de transmission d'obligations.

Le principe consacré par les textes légaux et réglementaires est celui de la transmission de plein droit des droits et obligations des communes fusionnées. La loi impose donc aux co-contractants des changements de créanciers et de débiteurs, sans possibilité d'intervention. Mais les opérations sont réalisées en pleine publicité, les pouvoirs de tutelle sont là pour veiller à ce que les nouvelles entités respectent les obligations recueillies et le législateur entoure le transfert de tout un ensemble de garanties. Le sort du personnel fait l'objet de dispositions particulières très détaillées, soucieuses de la protection des droits acquis.

M. Daubie a cependant souligné le particularisme de la transmission des obligations liée aux fusions de communes, dans le cadre de la difficile conciliation des principes de la continuité et du changement (1). Compte tenu des impératifs spécifiques du droit public et administratif, la transmission est obligée, intégrale et absolue. Son objet dépasse largement celui des autres situations examinées lors de ces Journées, puisqu'il comporte également des matières telles que le sort des territoires, des citoyens en qualité d'administrés, des règlements communaux, etc...

De lege ferenda, la récente expérience des fusions permettrait sans doute de dégager une série de suggestions utiles pour la préparation des autres regroupements qui s'annoncent dans la carte politique du pays, bien que M. Daubie n'ait relevé que très peu de difficultés proprement juridiques dans les opérations intervenues. Dans la perspective d'une réforme du droit privé de la transmission des obligations, les fusions de communes ne nous paraissent cependant guère fournir autre chose qu'une base de comparaison intéressante, mais trop spécifique pour permettre de transposer ses solutions (2).

(1) Chr. DAUBIE, La fusion des communes en Belgique, processus original de transmission des obligations, supra, pp.

(2) Dans le même sens, M. VAN RUYMBEKE, Fusions de communes. Compte rendu des discussions en commissions, supra, pp.

b- Fusions de sociétés.

Les rapports de MM. Coppens et 't Kint, et celui de M. van Ommeslaghe ont mis en lumière la très grande insécurité juridique qui pèse toujours dans notre pays sur la transmission des obligations en cas de fusion de sociétés (1). Bien que l'exposé de M. Thoreau ait montré qu'en pratique, les problèmes n'étaient pas fréquents (2), une réflexion de lege ferenda s'impose.

Le droit belge des sociétés se signale en la matière par un très grand anachronisme. Les lois coordonnées sur les sociétés, dans leur état actuel, ignorent purement et simplement la fusion de sociétés. Nos rapporteurs ont décrit les différentes voies dans lesquelles doctrine et jurisprudence se sont engagées pour pallier ce vide du droit positif en ce qui concerne la transmission des obligations.

La solution la plus classique consiste à appliquer les règles normales du Code civil, dans leur interprétation traditionnelle. Imposer le respect de l'article 1690 du Code civil pour le transfert des créances. Recourir à la novation, à la délégation ou à la stipulation pour autrui pour faire assumer les dettes par la société absorbante, le plus souvent avec l'accord des créanciers, et sans décharge de la société absorbée. Combiner ces différents mécanismes pour transférer les contrats.

- (1) P. COPPENS et F. 'T KINT, Le transfert des créances, des dettes et des contrats dans les fusions de sociétés, supra, pp. (ci-après cité P. COPPENS et F. 'T KINT) ; P. VAN OMMESLAGHE, n° 77-80 ; cfr. également X. MALENGREAU, Fusions et scissions de sociétés. Compte rendu des discussions en commissions et en assemblée générale, supra, pp. (ci-après cité X. MALENGREAU).
- (2) V. THOREAU, La transmission des obligations et la fusion de la Société Métallurgique d'Espérance-Longdoz et la Société Cockerill-Ougrée-Providence, supra, pp.

Il est flagrant que ces solutions sont impraticables, et en pratique, il n'y est guère recouru. Cette constatation de fait a stimulé le développement d'autres analyses, qui n'ont pas manqué de contribuer au développement du droit de la transmission des obligations en général.

La publication, aux Annexes du Moniteur, des actes relatifs à la fusion est souvent considérée comme une mesure de publicité suffisante pour remplacer les exigences de l'article 1690 du Code civil. Mais surtout, un important courant existe pour considérer que la fusion de sociétés réalise une transmission universelle, à l'instar de la dévolution successorale. Cette interprétation est beaucoup plus audacieuse, mais plusieurs auteurs, y compris nos rapporteurs MM. Coppens et van Omneslaghe, l'ont assortie de justifications convaincantes. Une jurisprudence déjà ancienne n'y est pas restée insensible, et particulièrement, au cours des dernières années, certaines décisions rendues dans les matières fiscales, là où les réalités économiques sont très perceptibles (1).

De lege ferenda, c'est évidemment la voie à suivre. Le droit comparé nous y invite. La fusion de sociétés est traitée comme transmission universelle par les législations étrangères récentes, notamment en Allemagne, en France et en Italie (2).

(1) P. COPPENS et F. 'T KINT ; P. VAN OMNESLAGHE, n° 80.

(2) K.H. NEUMAYER,

C'est aussi la conception du projet de 3ème directive de la CEE (1). C'est enfin la solution retenue par le projet belge de réforme des lois sur les sociétés, en son article 355, dont le texte est reproduit dans le rapport de M. van Ommeslaghe (2).

Le système de la transmission universelle s'impose pour des raisons pratiques. Celles-ci ne peuvent évidemment suffire à le justifier. Encore faut-il que la solution ne préjudicie pas aux intérêts des créanciers de la société absorbée. Dans le droit successoral, les créanciers du défunt disposent de certains modes de protection, comme le bénéfice possible de la séparation des patrimoines. Le nouveau droit des fusions de sociétés ne peut organiser la transmission automatique des dettes sans offrir certaines garanties aux créanciers(3). Dans cette ligne, le projet belge reconnaît aux créanciers de la société absorbée la possibilité de réclamer une sûreté dans les deux mois de la publication aux Annexes du Moniteur (art. 357).

De telles garanties permettent de ne plus envisager le maintien des obligations à charge de la société absorbée, généralement admis dans l'état actuel du droit, bien que ce maintien ne se concilie guère avec la théorie de la transmission universelle.

(1) Proposition d'une troisième directive du Conseil tendant à coordonner les garanties qui sont exigées dans les Etats membres des sociétés, au sens de l'article 58 paragraphe 2 du traité, pour protéger les intérêts, tant des associés que des tiers, en ce qui concerne les fusions de sociétés anonymes, J.O.C.E., 1970, n° C89/20.

(2) P. VAN OMMEFLAGHE, n° 80.

(3) X. MALENGREAU,

Le cas particulier du sort des contrats de travail et d'emploi en cas de fusions (et, plus généralement, de cessions d'entreprises), a fait récemment l'objet de développements intéressants. C'est à leur sujet qu'un arrêt récent de la Cour de cassation a paru reconnaître la possibilité d'une cession globale de contrat, sans l'intervention du co-contractant cédé, mais sans décharge du cédant (1). Depuis lors, ce système a été confirmé par la Convention collective du travail n° 32, du 28 février 1978, élaborée au sein du Conseil National du Travail, en application de la directive du 14 février 1977 du Conseil de la CEE, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements (2).

c- Scissions de sociétés.

M. van Dmmeslaghe propose de traiter les transferts des droits et obligations résultant d'une scission de société comme autant de successions à titre universel, ce qui permettrait de réaliser les transmissions comme en matière de fusions. Les risques sont néanmoins plus grands pour les créanciers de la société scindée, car, M. van Dmmeslaghe le souligne, le passif originaire subit ici une ventilation qui peut être arbitraire (3).

(1) Cass., 6 juin 1973, Pas., 1973, I, 923 ; P. VAN DMMESLAGHE, n° 71 ; X. MALENGREAU, cfr. supra, p. 50.

(2) J.O.C.E., 1977, L61/26 ; cfr. R. Ch. GOFFIN, La protection des travailleurs en cas de changement d'employeur du fait d'un transfert conventionnel d'entreprise, Journ. Trib. Trav., 1979, pp. 76-79 ; X. MALENGREAU,

(3) P. VAN DMMESLAGHE, n° 81 ; cfr. aussi X. MALENGREAU,

Le système de la transmission automatique à titre universel, avec décharge de la société scindée, ne peut donc être admis sans l'existence de garanties spéciales. Or le projet de réforme du droit des sociétés ne traite pas des scissions, et les créanciers de la société originaire seraient donc moins protégés en cette hypothèse qu'en cas de fusion par absorption ! Dès lors, malgré le recours très hypothétique à l'action paulienne, les conditions ne nous paraissent pas réunies pour prévoir une transmission automatique, avec décharge de la société scindée. Ce ne serait possible que si, de lege ferenda, le projet de réforme était complété pour fournir de meilleurs garanties aux créanciers. MM. Coppens et 't Kint ont proposé l'une ou l'autre solution à cet égard, non sans souligner leurs imperfections (1).

d- Cession de branches d'activités.

Cessions de fonds de commerce.

Lorsqu'une entreprise, sans disparaître, cède une ou plusieurs de ses branches d'activités, ou lorsqu'un particulier transfère la partie commerciale de son patrimoine, en cédant son fonds de commerce, il n'est plus possible d'invoquer le mécanisme de la succession universelle ou à titre universel. Le sort des créances, des dettes et des contrats est régi par le droit commun

(1) P. COPPENS et 'T KINT,
cfr. aussi X. MALENGREAU,

de la transmission des obligations, suscitant les problèmes que l'on sait de lege lata, mais susceptible d'être amélioré sur base des propositions émises de lege ferenda dans la première partie de ce rapport.

M. van Ommeslaghe a montré l'identité existant entre la cession de branche d'activités et la cession de fonds de commerce (1). Celle-ci est considérée comme la cession d'une universalité de fait, le transfert de chaque élément suivant son propre régime juridique. En ce qui concerne les créances, dettes et contrats appartenant au fonds, M. van Ommeslaghe cite divers expédients susceptibles de faciliter leur transfert dans l'état actuel du droit (2).

La réforme du régime de droit commun améliorerait évidemment la situation. Mais faut-il préconiser l'adoption d'un régime spécial à la cession de fonds de commerce ? La Commission Bénélux pour l'Etude de l'Harmonisation du Droit a préparé un avant-projet sur le fonds de commerce, qui n'innove pas en la matière. Il y est simplement prévu, de manière supplétive, que le droit au bail est compris dans la vente, mais non les créances en général (art. 2), alors qu'en cas d'apport en société, les dettes et les contrats en cours sont en principe transmis (art. 5). Mais

(1) P. VAN OMMESLAGHE, n° 82.

(2) Ibid.

l'exposé des motifs réserve l'application du droit commun quant aux modalités de transfert (commentaires des art. 2 et 5)(1).

A condition de fournir certaines garanties aux créanciers du cédant, on pourrait envisager, de lege ferenda, un régime plus audacieux réalisant un transfert universel, à l'inspiration des conceptions en vigueur en Allemagne (2).

Une solution moins radicale pourrait être élaborée à partir des articles 2558 à 2160 du Code civil italien ; évoqués par M. Neumayer (3) : transmission de principe des contrats, mais droit pour le co-contractant de se délier pour juste motif dans les trois mois, opposabilité des cessions de créance par l'inscription du transfert dans le registre des entreprises, transfert des dettes, en principe sans libération du cédant.

3. Autres régimes.

Quelques autres régimes particuliers de transmission de contrats existent enfin, en dehors des cas d'aliénation de la chose et de transmission universelle. Il s'agit essentiellement des hypothèses de la cession du bail par le preneur et du transfert des portefeuilles d'assurances.

(1) Cfr. à ce sujet les regrets de J. PARDON,
cfr. aussi le vœu de P. VAN OMESLAGHE, n° 83.

(2) K.H. NEUMAYER,

(3) Ibid., p.

a- Cession du bail par le preneur.

1. Régime général :

L'article 1717 du Code civil autorise la cession du bail par le preneur, sauf convention contraire. Ce texte n'explicite pas les conditions dans lesquelles la cession se réalise, ni ses effets. Faut-il respecter les formalités de l'article 1690 du Code civil, le bailleur dispose-t-il d'un recours direct contre le cessionnaire, le cédant est-il libéré ? M. Simont l'a montré, ces questions font actuellement l'objet de réponses bien établies. Il faut respecter l'article 1690 ou tout au moins recourir à des formalités équipollentes, le bailleur peut agir directement contre le nouveau locataire, le cédant n'est pas libéré, sauf convention contraire. Mais les controverses restent vives sur le plan des justifications, principalement en ce qui concerne le recours du bailleur contre le cessionnaire. L'analyse proposée à cet égard par M. Simont s'inscrit parmi les tendances les plus progressistes de la doctrine contemporaine⁽¹⁾.

De lege ferenda, il serait cependant souhaitable de disposer de textes susceptibles de lever ces incertitudes.

L'instauration en droit commun d'un bon régime de la cession de contrat serait évidemment un élément positif. La matière du bail présente cependant certaines particularités de nature à justifier l'adoption d'un régime spécial. D'une part, en vue de permettre au locataire de se dégager anticipativement de ses liens contractuels lorsque ses circonstances familiales ou professionnelles l'exigent, l'on peut juger souhaitable de priver le bailleur de la faculté d'interdire la cession par une clause de bail.

(1) L. SIMONT, n° 4-24 ; sur la cession du bail par le preneur, cfr. aussi M.H. MIGNON-GILLIS, Bail. Compte rendu des discussions en commissions, supra, pp.

Mais d'autre part, le contrat étant largement conclu en considération de la personne du locataire, il importe de réserver certaines garanties au bailleur.

Ces objectifs sont apparents dans le nouvel article 1718 du projet de loi, complété par l'article 1757 bis. Le droit de cession est reconnu au preneur, de manière impérative (cfr. l'art. 1756 du projet) (1) (2). Mais une procédure protectrice du bailleur est mise en place : notification du projet d'acte de cession, recours judiciaire, possibilité pour le bailleur de résilier le bail.

Ce régime nous paraît souhaitable dans son principe, sous réserve d'un examen plus attentif de ses modalités (3).

-
- (1) Doc. Parl., Ch., 1977-78, n° 415/1. Ces textes ont changé de numérotation dans les premiers amendements présentés par le Gouvernement : les articles 1718 et 1757 bis sont fusionnés dans un article 1714-5 et l'article 1756 est devenu l'article 1714-54 (Doc. Parl., Ch. 1977-78, n° 415/9).
- Un récent amendement du Gouvernement remet à une étape ultérieure l'examen de ces textes (Doc. Parl., Ch., S.E. 1979, n° 120/2) Cfr. M.H. MIGNON-GILLIS, op. cit., n° 18.
- (2) M. GRAFE propose d'enlever au texte son caractère impératif (Doc. Parl., Ch., 1977-78, n° 415, art. 3, 4°).
- (3) Cfr. à ce sujet les amendements de MM. Gol (Doc. Parl., Ch., 1977-78, n° 415/2, art. 3, 1° et 2°), Grafé (Ibid., n° 415/4, art. 3, 3°), Uyttendaele (Ibid., n° 415/7, art. 3, 3°) et Baert (Ibid., N° 415/10, art. 3, 4°) ; cfr. aussi M.H. MIGNON-GILLIS, loc. cit..

Un amendement présenté par M. Grafé (1) tend par ailleurs à inscrire dans la loi les solutions d'après lesquelles le cédant ne serait pas déchargé, sauf convention contraire, tandis que le bailleur disposerait d'une action directe contre le cessionnaire. Dans l'attente d'un régime légal de droit commun de la cession de contrat, un tel texte est sans doute opportun. Mais le choix de l'action directe comme fondement du recours du bailleur mérite d'être réexaminé, à la lumière des considérations émises par M. Simont.

2. Baux commerciaux :

L'article 10 de la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux restreint l'efficacité des clauses d'interdiction de cession du bail, tandis que l'article 11 établit à la fois le lien contractuel direct entre le cessionnaire et le bailleur, et le maintien d'un engagement solidaire du preneur originaire (2).

Ces textes sont intéressants sur un plan général, car ils permettent de transférer activement et passivement la position contractuelle du preneur, sans l'accord du bailleur, sous réserve du droit de ce dernier de faire opposition dans certaines conditions, et moyennant l'engagement solidaire du cédant. Ce régime

(1) Doc. Parl., Ch., 1977-78, n° 415/5.

(2) Cfr. L. SIMONT, n° 30.

fournit une autre illustration d'un transfert de dette imposé au créancier, mais entouré de garanties. De lege ferenda, l'exemple mérite d'être souligné.

Dans l'immédiat, les articles 10 et 11 de la loi sur les baux commerciaux ne nous paraissent pas appeler de réforme, en dépit de quelques problèmes d'interprétation relevés par M. Simont.

3. Baux à ferme :

Alors que la cessibilité du bail commercial est élargie par la loi du 30 avril 1951, la cessibilité du bail à ferme est restreinte par les articles 30 et suivants de la loi du 4 novembre 1969 (1). L'autorisation écrite du bailleur est en principe requise. Un régime de faveur existe cependant lorsque la cession est consentie à certains proches du preneur. Dans ce cas, l'article 34 "subroge" le cessionnaire à tous les droits et obligations résultant du bail, le cédant demeurant toutefois solidairement tenu. Sous certaines conditions, le bail peut faire l'objet d'un renouvellement au profit du cessionnaire avec décharge du cédant, le bailleur disposant cependant d'un droit d'opposition (art. 35 à 37).

Ici encore, on est en présence d'un transfert actif et passif de contrat imposé au co-contractant, mais cette fois sans autre garantie pour ce dernier que l'engagement solidaire

(1) L. SIMONT, n° 31.

du cédant. Ce régime n'est cependant applicable qu'au profit d'un cercle restreint de cessionnaires possibles. Un droit d'opposition n'est reconnu au bailleur qu'au cas où les parties de la cession souhaiteraient obtenir le renouvellement spécial des articles 35 à 37, avec décharge du cédant.

De lege ferenda, ces textes ne paraissent pas non plus appeler de réformes urgentes. Le jour où ils seront remis sur le chantier, il faudra veiller à écarter la référence impropre à la subrogation.

b- Cession de portefeuille d'assurances.

Le dernier régime spécial que nous évoquerons ici, à propos du transfert des contrats, est celui de la cession d'un portefeuille d'assurances d'une compagnie à l'autre.

Les rapports de MM. van Ommeslaghe et Fredericq ont décrit les difficultés que cette opération présentait dans le passé (1).

L'article 25 de la loi du 9 juillet 1975 a résolu le problème en imposant le transfert aux assurés et aux tiers intéressés, moyennant l'accord de l'Office de Contrôle des Assurances (2). Ce système paraît jusqu'ici donner satisfaction.

(1) P. VAN OMMESLAGHE, n° 66-68 ; S. FREDERICQ,

(2) C'est l'application de l'article 21 de la première directive du 24 juillet 1973 du Conseil de la CEE portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice (J.O.C.E., 1973, L228). L'Office de Contrôle des Assurances a précisé la procédure à suivre dans sa Communication n° 5, du 13 juillet 1976.

Un arrêté royal n° 18 du 6 décembre 1978 a modifié la loi du 10 avril 1971 (nouvel article 54 bis), en vue d'introduire un système analogue à propos des assurances contre les accidents du travail.

Sur le plan général, l'exemple est intéressant. Il fournit une autre illustration de transfert de contrat réalisé sans le concours du co-contractant, mais compte tenu des garanties découlant ici de l'intervention de l'O.C.A.

* *
*

CONCLUSIONS GENERALES

Grâce aux substantielles contributions de nos rapporteurs, grâce aux interventions des participants en séances plénières et en commissions, les IXèmes Journées d'Etudes Juridiques J. Dabin ont permis de mesurer l'exceptionnelle richesse du thème, et de dégager les principaux problèmes à résoudre de lege ferenda. Nous venons d'en faire l'inventaire ; nous voudrions à présent en dresser rapidement une dernière synthèse.

Il est permis de rêver. Dans un nouveau Code civil, le droit des obligations rénové comprendrait un chapitre où seraient regroupés les principaux mécanismes nécessaires à la transmission des obligations : une cession de créance débarrassée de son formalisme actuel, une reprise de dette bien aménagée, des dispositions sur la cession des contrats synallagmatiques, un régime général des titres négociables, sans doute aussi une subrogation personnelle et une délégation retouchées.

Ce rêve n'est évidemment pas utopique. La plupart des mécanismes que l'on souhaiterait voir adopter existent déjà dans diverses codifications étrangères. Les modèles sont nombreux et souvent excellents. La difficulté est qu'une réforme aussi globale des régimes de transmission des obligations devrait sans doute

s'intégrer dans le cadre d'une revision d'ensemble du Code civil, que personne ne semble envisager à l'heure actuelle ; les matériaux rassemblés au cours de ces Journées devraient cependant permettre l'établissement d'un avant-projet.

Des objectifs plus limités semblent plus immédiatement réalisables. La réforme du régime d'opposabilité aux tiers de la cession de créance est à ce titre prioritaire. L'article 1690 du Code civil doit disparaître, en faveur d'un régime plus simple, voire même de la suppression de toute formalité spéciale.

A côté du régime de droit commun, des régimes spéciaux de transmission des obligations se justifient en de nombreux domaines, qu'il s'agisse de faciliter les mécanismes, ou au contraire de les soumettre à certaines restrictions, en fonction des particularités du secteur. Nous avons eu l'occasion de passer en revue un grand nombre de ces régimes spéciaux. De lege ferenda, nos débats ont mis en évidence une série de problèmes, dont certains seraient résolus si le régime de droit commun était amélioré, d'autres non.

Raisonnant à court terme, c'est-à-dire dans l'hypothèse où rien n'est modifié en droit commun, la liste suivante peut être dressée des principaux textes dont on devrait chercher à provoquer la réforme :

- les articles 30 et 42 de la loi du 11 juin 1874 sur le contrat d'assurance, relatifs au sort du contrat en cas d'aliénation de la chose assurée et à la transmission des droits résultant d'un contrat d'assurance-vie,
- les articles 1717 et 1743 du Code civil, relatifs à la cession du bail par le preneur, ou par le bailleur en cas d'aliénation des lieux loués,
- l'article 16 de la loi du 25 octobre 1919, modifié par la loi du 31 mars 1958, texte relatif à l'opposabilité aux tiers de l'endossement de la facture,
- la loi du 3 janvier 1958, sur la cession et la mise en gage de créances sur l'Etat.

De nouveaux textes devraient par ailleurs être établis dans les matières suivantes, qui ne font encore l'objet d'aucune disposition spéciale en droit positif belge :

- la transmission universelle des droits et obligations, en cas de fusion de sociétés, ainsi qu'un régime analogue, mais adapté en cas de scission,
- le sort des créances, dettes et contrats en cas de cession de fonds de commerce,
- l'usage de traites en matière de ventes à tempérament,
- l'émission de grosses hypothécaires à ordre et au porteur,
- l'organisation, sur un plan général, de la cession de créance à titre de garantie, sauf réforme adéquate du régime de la mise en gage des créances,

- peut-être aussi, déjà, l'élaboration de nouveaux régimes de transmission des obligations adaptés au remplacement des titres négociables en papier par des inscriptions sur bandes magnétiques.

Ces listes ne sont pas exhaustives, mais elles paraissent fournir un échantillonnage représentatif de domaines où une action précise de lege ferenda serait de nature à lever bien des difficultés.

Cette action, nous allons tenter de l'amorcer. Ces Journées, nous l'espérons, vont connaître des prolongements. Le Centre de Droit des Obligations envisage de constituer des groupes de travail, chargés de préparer des avant-projets, auxquels nous essaierons de donner des suites parlementaires. En divers cas, des travaux de réforme sont d'ailleurs déjà en cours, que nous tenterons d'influencer. La tâche est évidemment immense, et elle risque d'être ingrate. Mais un aboutissement même limité à la solution de l'une ou l'autre difficulté irritante comblerait les espérances des organisateurs de ces Journées.