

Cession d'activité, subrogation et cession de contrats : petits exercices de gymnastique juridique

Maxime BARBA

Docteur en droit, élève-avocat

L'arrêt rendu le 12 juin 2019 par la cour d'appel de Lyon intéresse immédiatement et au premier chef le droit des affaires, s'agissant d'une cession d'une branche d'activité de fonds de commerce. Il intéresse aussi, et dans une mesure égale, le droit des contrats et le régime général des obligations, s'agissant de déterminer l'étendue d'une opération sur obligations réalisée à l'occasion de cette cession.

Les faits et la procédure, qui ne se laissent saisir qu'à la lecture conjointe du présent arrêt et d'un autre à peine plus ancien de la cour d'appel de Lyon (CA Lyon, 12 mars 2019, RG n° 17/00554), peuvent être ainsi résumés. La SARL A intervient en tant que prestataire de services auprès des époux X, maîtres de l'ouvrage, pour un travail de ponçage et de vitrification de parquet. Des désordres sont constatés, si bien qu'un différend s'installe dès 2012 entre le prestataire de services (ensemble son assureur) et ses clients mécontents. Ce différend est tranché partiellement par le TGI de Lyon le 29 décembre 2016 puis par l'arrêt suscité de la cour d'appel de Lyon le 12 mars 2019 : la responsabilité contractuelle du prestataire de service est retenue ; la garantie de son assureur est partiellement due ; les deux sont condamnés *in solidum* à 6 000 euros de dommages-intérêts.

À ceci près que la cour d'appel de Lyon a, à cette occasion, omis de statuer sur l'appel en garantie formé par le prestataire de service et son assureur à l'égard du nouveau cessionnaire de l'activité en cause – donnant donc lieu au présent arrêt rendu sur requête en omission de statuer (art. 463 CPC). Au-delà de ces tracas procéduraux, expliquons plutôt le fond : entre la naissance du litige (2012) et la première décision de justice (2016), la SARL A a cédé à la SARL B une activité de son fonds de commerce, précisément celle en cause dans l'affaire opposant le cédant aux maîtres d'ouvrage mécontents (« travaux de revêtement de sol, de murs et travaux exceptionnels »). Or cette cession arborait une clause, aux termes de laquelle « le cessionnaire sera subrogé dans le bénéfice et les charges de tous les contrats conclus par le cédant avec les tiers dans le cadre de l'exploitation de la branche cédée ».

De l'avis du cédant et de son assureur, cela signifiait concrètement que le cessionnaire devait garantir les premiers contre toute condamnation en responsabilité contractuelle prononcée à leur encontre s'agissant d'un contrat relevant de l'activité cédée. D'où leur appel en garantie formé devant la cour d'appel de Lyon. Fondamentalement, la question de droit au cœur de la présente affaire peut être formulée ainsi, au carrefour du droit des affaires et du droit commun

Bacaly n° 14 - juillet 2019 - février 2020

des obligations : le cessionnaire d'une branche d'activité d'un fonds de commerce « subrogé » conventionnellement par le cédant dans les contrats passés avec des tiers dans le cadre de l'exploitation de la branche cédée doit-il sa garantie au second condamné en responsabilité contractuelle pour une inexécution antérieure à la cession mais relevant directement de la branche cédée ?

La cour d'appel de Lyon répond par la négative : pareille stipulation « n'emporte pas l'obligation contractée par le cessionnaire d'assumer les conséquences dommageables de la responsabilité civile encourue par la société (cédante) dans l'exécution de ses prestations, d'autant moins que l'acte de cession ne fait nullement mention du litige en cours ». L'appel en garantie dirigé à l'encontre du cessionnaire est donc rejeté – et l'arrêt du 12 mars 2019 complété du point de vue de la procédure.

La solution est intuitive : chacun a quelques difficultés à admettre que le cessionnaire de l'activité soit tenu de garantir le cédant des condamnations en responsabilité contractuelle prononcées à son encontre pour une inexécution antérieure à la cession incluant une « subrogation conventionnelle » ; ce quand bien même le contrat en cause s'inscrirait pleinement dans le cadre de l'activité cédée. Il y aurait là une singulière rétroactivité, laquelle ne s'impose pas à l'évidence, notamment eu égard au libellé de la clause. Si la solution persuade, intuitivement au moins, la motivation est en revanche lacunaire. La qualification de l'opération en cause n'est pas restituée ; le régime appliqué n'est pas indiqué ; nul texte n'est visé.

Partant, l'observateur est forcé de reconstruire le raisonnement suivi par la cour d'appel de Lyon. Pour ce faire, il doit revenir sur la qualification de l'opération sur obligations (ou sur contrats plus exactement) en cause : quoique le mot « subrogation » soit présent dans la clause, s'agit-il authentiquement d'une telle opération ? Rien n'est moins sûr. La qualification de cession de contrat(s) paraît plus opportune **(I)**. Au-delà, on observera que quelle que soit la qualification retenue (subrogation conventionnelle, cession de contrats, cession de créances et de dettes...), le libellé même de la clause, ensemble de l'acte, invitait à penser que l'opération n'avait vocation à jouer entre les parties que pour les contrats en cours, sans effet rétroactif d'aucune sorte, et sans que soient en tout cas « couverts » les contrats passés ayant donné lieu à condamnation en responsabilité contractuelle du cédant **(II)**.

I/ La qualification de la clause

Les parties à la cession de la branche d'activité du fonds de commerce ont qualifié leur opération de substitution de subrogation, ce que la cour d'appel ne dément au demeurant pas formellement. Cette prétendue subrogation **(A)** doit être requalifiée en cession de contrat **(B)**.

A/ Disqualification de la subrogation

La subrogation n'est pas, à proprement parler, une opération sur obligation : elle est avant tout une modalité accompagnant le paiement d'une obligation donnée et ayant des conséquences sur l'obligation payée. L'atteste aujourd'hui nettement sa position dans le Code civil (art. 1346 et s. situés au sein d'une sous-section intitulée « Le paiement avec subrogation »). Synthétiquement, la subrogation consiste en la substitution de celui qui paie (le subrogé) dans les droits du créancier (le subrogeant) à l'égard du débiteur. La subrogation est une opération habituelle, qui permettait avant la réforme de février 2016 de parer aux lourdeurs procédurales de la cession de créance dont la signification de principe au débiteur cédé (v. art. 1690 et s. C. civ.). Elle était donc prisée, en particulier dans le milieu bancaire. Il en existe de deux sortes selon la source de la subrogation.

Soit la subrogation est *légale* : elle s'opère alors « par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette » (art. 1346 C. civ.). Telle n'est pas l'hypothèse qui nous intéresse au cas présent. Soit la subrogation est *conventionnelle* : généralement, elle « s'opère à l'initiative du créancier lorsque celui-ci, recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits contre le débiteur. » (subrogation *ex parte creditoris*, c'est-à-dire à l'initiative du créancier, v. art. 1346-1 du C. civ.) ; plus rarement s'opère-t-elle à l'initiative du débiteur (subrogation *ex parte debitoris*, v. art. 1346-2 du C. civ.), dans une hypothèse qui ne nous intéresse au demeurant pas au cas présent.

Voilà pour ce qui est de la nature – rapidement rapportée bien sûr – de la subrogation, laquelle n'a pas été fondamentalement retouchée par la réforme du droit des obligations de 2016. Comment s'opère-t-elle concrètement, en particulier lorsqu'elle est conventionnelle ? L'article 1346-1 du C. civ., qui reprend les mêmes exigences que le droit antérieur, pose les exigences cumulatives d'un *paiement* de la part du tiers, subrogé en puissance, paiement qui doit être *concomitant* à l'*expression* de la subrogation ou à tout le moins *ultérieur* à celle-ci. L'essentiel est là : le créancier subrogeant doit consentir expressément à la subrogation au plus tard au jour du paiement et être désintéressé au moins partiellement (v. art. 1346-3 du C. civ. pour le cas particulier de la subrogation partielle). Si la subrogation s'opère pour le tout, le créancier subrogeant, désintéressé, s'efface au profit du créancier subrogé dans ses droits, c'est-à-dire dans sa créance et ses accessoires vis-à-vis du débiteur.

En l'espèce, deux éléments importent. Premier élément : la SARL A a cédé à la SARL B une activité de son fonds de commerce, précisément celle en cause dans l'affaire opposant le cédant aux maîtres de l'ouvrage mécontents. Il est possible que le cédant ait été encore créancier de ces derniers, qui auraient pu par exemple retenir le prix ; mais ce n'est pas

évident. Et compte dûment tenu du caractère déclaratif des jugements de responsabilité, le cédant était en réalité débiteur des maîtres d'ouvrage mécontents. Cela permet d'écarter d'emblée la qualification de subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* : le cédant n'étant pas créancier des maîtres d'ouvrage mécontents, il ne pouvait, en dehors de l'hypothèse très précise de l'article 1346-2 du C. civ., subroger le cessionnaire dans aucun droit.

Second élément, en lien direct : le libellé de la clause. Pour mémoire, il était stipulé que « le cessionnaire sera subrogé dans le bénéfice et les charges de tous les contrats conclus par le cédant avec les tiers dans le cadre de l'exploitation de la branche cédée. » Que le cessionnaire soit subrogé « dans le bénéfice » des contrats conclus par le cédant avec les tiers dans le cadre de l'exploitation de la branche cédée peut se comprendre quoique la formulation soit maladroite : lors de la valorisation de l'activité, il aura été tenu compte des créances impayées et le cessionnaire aura d'une certaine façon payé le cédant (créancier subrogeant), réunissant les conditions nécessaires à une subrogation conventionnelle *ex parte creditoris*. Que le cessionnaire soit subrogé « dans les charges » de ces mêmes contrats ne se comprend en revanche pas. La subrogation ne peut s'opérer que dans des droits (*i.e.* des créances) et non dans des charges (*i.e.* des dettes) ; à défaut de quoi, d'ailleurs, cela permettrait tout simplement d'éluder le régime nouveau de la cession de dette (v. art. 1327 et s. C. civ.), dont l'assentiment deux fois requis du créancier (au principe de la cession de dette et à sa perfection, synonyme de libération du débiteur originaire). En droit ancien comme en droit nouveau, une partie ne subroge pas une autre dans ses dettes mais dans ses créances. Une partie ne subroge au demeurant pas plus l'autre dans sa position contractuelle. C'est pourquoi l'on peut dire ici que la qualification de subrogation retenue par les parties et non invalidée par la cour d'appel de Lyon n'est pas pertinente. Elle est en tout cas insuffisante : elle ne rend pas compte de la complexité de l'opération réellement voulue par les parties, qui s'analyse plus volontiers en cession de contrats.

B/ Requalification en cession de contrat

Quoique le droit issu de la réforme de 2016 ne soit pas applicable à l'espèce à raison de la date de la cession, les textes nouveaux viennent éclairer la figure de la « cession de contrat ». L'article 1216 du Code civil dispose aujourd'hui qu'« un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé. » L'essentiel est dit : il est possible de céder outre des créances et des dettes sa « position contractuelle ». Très justement, il a été souligné que le législateur ne s'est pas contenté en 2016 « de régler l'opération, il a également pris position dans le débat relatif à la conception classique et dualiste (addition de cessions de créance et de dette) ou moderne et unitaire (substitution de position contractuelle) de la cession de contrat, en privilégiant la seconde. » (F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*,

Dalloz, nov. 2016, p. 168, n° 27.02) ; ainsi d'ailleurs que l'atteste la position des textes en question dans le Code civil, qui ne jouxtent pas la cession de créance et de dette, mais qui se situent dans le chapitre relatif aux effets des contrats (v. égal. le rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance). Une cession de contrat ne s'analyse pas comme l'addition bilancielle d'une cession de dettes (« de charges ») et de créances (« de bénéfice ») de nature contractuelle ; il s'agit, plus fondamentalement, d'une cession de position contractuelle, d'une substitution en bonne forme d'un tiers à l'une des parties au contrat.

En l'espèce, les parties ont entendu à l'occasion de la cession de branche d'activité du fonds de commerce non simplement céder les dettes du cédant au cessionnaire, ni céder les créances du cédant au cessionnaire, mais *substituer dans les contrats concernés le second au premier* – c'est-à-dire céder à l'acheteur la position contractuelle du vendeur dans l'ensemble de ces conventions. La formule employée le montre à suffisance (« Le cessionnaire sera subrogé dans le bénéfice et les charges de tous les contrats conclus par le cédant avec les tiers dans le cadre de l'exploitation de la branche cédée. »). L'intention, qu'il faut privilégier sur la lettre – ce d'autant que la qualification retenue par les parties ne lie pas le juge en vertu de l'article 12 du CPC – est claire : il s'agissait non d'une subrogation mais d'une cession de contrat en bonne forme (étant précisé que l'absence de consécration législative générale à l'époque n'interdisait nullement le recours à cette opération au titre de la liberté contractuelle et conformément à une jurisprudence ancienne de la Cour de cassation, v. Civ. 1^{re}, 12 mars 1946, *JCP* 1946.II.3114).

Les conséquences de cette disqualification – ce n'est pas une subrogation – et de la requalification qui s'ensuit – c'est une cession de contrat – sont importantes, spécialement en termes de validité de l'opération, au fond principalement car la forme n'est pas problématique, un écrit sous signature privée étant présent. S'il s'agit d'une subrogation conventionnelle *ex parte creditoris*, le concours du débiteur n'est requis ni en droit ancien, ni en droit nouveau. Le créancier désintéressé par le *solvens* payant la dette du débiteur subroge le premier dans les droits qu'il détient sur le second, sans que l'accord ou le consentement de celui-ci soit requis (pour la validité de l'opération ou pour sa perfection). Autrement dit, l'opération de subrogation serait valable. Mais qu'en est-il s'il s'agit, comme nous le pensons, d'une cession de contrat ? L'article 1216 du C. civ. dans sa version issue de la réforme de 2016 (non retouchée par la loi de ratification de 2018), indique qu'une partie peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers cessionnaire « avec l'accord de son cocontractant, le cédé ». Bien sûr, cet accord peut être donné par avance (c'est la fameuse pratique des clauses de substitution). Et l'article 1216-1 du C. civ. ajoute que « Si le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir. / À défaut, et sauf clause contraire, le cédant est tenu solidairement à l'exécution du cédé. » Autrement dit, l'accord du cédé est deux fois requis : une fois pour la validité de l'opération ; une seconde pour sa perfection (substitution de partie au lieu d'une simple « adjonction »). La différence est

marquante au regard de la subrogation conventionnelle, étant évidemment précisé que l'exigence d'un accord du cocontractant cédé à la cession de contrat était déjà présente dans la jurisprudence rendue en application du droit antérieur.

Pondérons les implications concrètes au cas d'espèce. Le vendeur cède sa position contractuelle à l'acheteur dans l'ensemble des contrats relevant de la branche d'activité cédée et donc notamment dans le contrat la liant aux maîtres d'ouvrage mécontents, ayant obtenu ultérieurement gain de cause devant les juridictions. Au regard du différend existant entre le cédant et lesdits maîtres d'ouvrage, il est fort peu probable que ceux-ci aient consenti auprès de celui-là à une quelconque cession de contrat (consentement qui agirait sur la validité de l'opération et éventuellement sur la perfection d'une telle opération). On dira qu'il est possible qu'une clause de substitution ait été incluse au contrat liant le cédant aux maîtres d'ouvrage. Cela est vrai ; mais c'est oublier que la clause permettant à un professionnel (ce qu'est sans doute le cédant) de procéder à la cession du contrat sans l'accord du consommateur cédé (ce qu'étaient sans doute les maîtres d'ouvrage) est présumée abusive en application de l'article R. 212-2, 5 du Code de la consommation et qu'il faudrait donc tenir à titre présomptif une telle clause pour non-écrite.

En somme, si l'opération de substitution effectuée à l'occasion de la cession d'activité est requalifiée en cession de contrat, à l'encontre de la lettre de la clause mais conformément à son esprit, alors l'opération ne fut pas valablement conclue, s'agissant au moins du contrat intéressant les maîtres d'ouvrage mécontents du travail du cédant. L'on y insiste : ce n'est pas à dire que la cession de contrat leur est inopposable ; elle n'est fondamentalement pas valable, car la jurisprudence du droit antérieur comme les textes du droit nouveau n'en font pas une condition d'opposabilité de la cession de contrat mais une condition de validité de cette dernière. D'aucuns, tentant de « sauver » l'opération, considéreront que l'opération n'est pas nulle mais produit seulement ses effets entre cédant et cessionnaire (comme on peut parfois « réduire » une cession de créance à une simple cession de l'émolument de la créance, *i.e.* une « cession interne ») ; mais ce ne serait pas là respecter les prévisions claires des parties qui ont véritablement entendu substituer le cessionnaire dans les contrats conclus par le cédant avec des tiers.

Conclusion intermédiaire : si la cour d'appel de Lyon avait procédé, comme le lui intime l'article 12 du Code de procédure civile, à la requalification de l'opération sur obligations effectuée à l'occasion de la cession de branche d'activité du fonds de commerce, elle aurait réalisé 1° que la qualification de subrogation retenue par les parties était impropre, 2° qu'il s'agissait plus vraisemblablement d'une cession de contrats, 3° laquelle fut imparfaitement conclue en raison de l'absence de consentement des débiteurs cédés et 4° qui pouvait donc être considérée comme nulle. Cette voie de la requalification n'a néanmoins pas été explorée. Cela peut tenir aux contingences de la procédure et aux limites de l'office du juge. En tout

cas, la cour d'appel de Lyon, pragmatique, semble avoir considéré que quelle que soit la qualification retenue, l'application pure et simple de la clause de « subrogation » n'entraînait à aucun moment la garantie du cessionnaire des condamnations prononcées à l'encontre du cédant, pour une inexécution contractuelle antérieure à la cession quoique le contrat en cause s'inscrivait dans le cadre de l'activité cédée. Cette autre voie, axée non sur la qualification de la clause mais sur son champ d'application, mène au même résultat.

II/ Le champ d'application de la clause

La stipulation en cause « n'emporte pas l'obligation contractée par le cessionnaire d'assumer les conséquences dommageables de la responsabilité civile encourue par la société (cédante) dans l'exécution de ses prestations, d'autant moins que l'acte de cession ne fait nullement mention du litige en cours », dit la cour d'appel de Lyon. Ce motif peut être lu de deux façons : soit c'est un problème de temporalité (A), et plus précisément de rétroactivité ; soit c'est un problème de matérialité (B), le contrat litigieux n'étant pas « couvert » par la cession de contrats.

A/ Champ d'application temporel

Rappelons en effet la chronologie : la SARL A intervient comme prestataire de services auprès des maîtres d'ouvrage ; ces derniers constatent des désordres et un litige s'installe ; la SARL A cède à la SARL B la branche d'activité de son fonds de commerce dans laquelle s'inscrit la prestation de services litigieuse ; la responsabilité contractuelle du cédant est retenue par les juridictions lyonnaises par un jugement de 2016, confirmé en appel en 2019. En un sens, le cédant considère que la condamnation devrait, par l'effet de la clause de « subrogation », être redirigée vers le cessionnaire (d'où l'appel en garantie), puisqu'au moment où le TGI de Lyon statue, le second est effectivement substitué au premier dans « le bénéfice et charges des contrats » conclus avec les tiers. Mais, ce faisant, le cédant se livre à une lecture exagérément avantageuse de la clause de « subrogation » pour reprendre ses mots, de cession de contrat pour le dire plus justement.

Le cédant, qui est responsable contractuellement de l'inexécution de ses obligations vis-à-vis des maîtres d'ouvrage, espère seulement se décharger des conséquences associées (condamnation à des dommages-intérêts) et les reporter sur le cessionnaire. Or il est particulièrement douteux que le cessionnaire ait entendu se substituer au cédant s'agissant des contrats *déjà exécutés* par ce dernier. D'évidence, en termes de temporalité, il s'est agi de substituer le cessionnaire au cédant dans les contrats *en cours* – non dans des contrats déjà entièrement exécutés par le cédant. Il y aurait là une singulière rétroactivité, qui justifierait à tout le moins une clause au libellé ferme et clair. En réalité, le cédant souhaite voir dans la clause de cession de contrats passée avec le cessionnaire à l'occasion de la cession d'activité

une clause de garantie. Tel n'est néanmoins à l'évidence pas l'esprit de la clause et de l'opération sous-jacente. À la rigueur, l'interprétation du cédant – selon laquelle la clause aurait vocation à jouer pour les contrats en cours comme aux contrats passés – se tiendrait si le cédant avait, dans le même temps qu'elle cédait sa position contractuelle passée, transmis également la contrepartie qu'elle a retirée de ces contrats déjà exécutés, c'est-à-dire le prix payé par les clients. Ce serait là une bien étrange opération... mais, après tout, en pareil cas, le cessionnaire, obtenant le prix de la prestation exécutée par le cédant, pourrait également être tenu d'assumer les conséquences d'une éventuelle mauvaise exécution de la part de ce dernier. Rien ne s'y oppose frontalement, tant que le cessionnaire sait exactement à quoi s'en tenir et qu'il touche une « prime de risque ». Mais, à l'évidence, telle ne fut pas l'opération conclue : le cessionnaire entendait simplement « prendre la suite » du cédant dans les contrats en cours d'exécution – non assumer les conséquences des erreurs de la seconde dans les contrats passés. C'est pourquoi, selon la cour d'appel de Lyon, la stipulation en cause « n'emporte pas l'obligation contractée par le cessionnaire d'assumer les conséquences dommageables de la responsabilité civile encourue par la société (cédante) dans l'exécution de ses prestations, d'autant moins que l'acte de cession ne fait nullement mention du litige en cours ». C'est une première lecture de ce motif, parfaitement convaincante à notre estime.

B/ Champ d'application matériel

Autre lecture possible : la cour d'appel de Lyon est peut-être disposée à admettre que le cédant ait entendu céder sa position contractuelle dans les contrats en cours comme dans les contrats passés ; elle n'est en revanche pas disposée à admettre que le cessionnaire ait entendu recueillir la position contractuelle dans des contrats litigieux *sans prévision explicite*. C'est ainsi que l'on peut comprendre l'incise finale de l'attendu suscitée (« ...d'autant moins que l'acte de cession ne fait nullement mention du litige en cours »). Pour cause : recueillir une position contractuelle litigieuse par voie de cession nécessite une clause claire au regard du risque que cela représente pour le cessionnaire. Une analogie avec l'article 1326 du C. civ. peut être tentée : « Celui qui cède une créance à titre onéreux garantit l'existence de la créance et de ses accessoires, à moins que le cessionnaire l'ait acquise à ses risques et périls ou qu'il ait connu le caractère incertain de la créance. » De la même façon que le cessionnaire d'une créance incertaine doit explicitement indiquer qu'il soulage le cédant de sa garantie en l'acceptant à ses risques et périls, le caractère litigieux de la position contractuelle cédée justifie qu'il soit dûment précisé dans l'acte que le cessionnaire entend assumer l'incertitude associée.

In fine, les deux explications se rejoignent et se combinent : il est fort peu probable que le cessionnaire ait entendu recueillir les positions contractuelles passées du cédant, c'est-à-dire les contrats déjà exécutés par ce dernier ; il est encore moins probable que le cessionnaire ait entendu recueillir les positions contractuelles *passées* et *litigieuses* du cédant, c'est-à-dire les

contrats déjà exécutés et mal exécutés par ce dernier. Une interprétation raisonnable de la clause de substitution s'impose : à défaut de mention contraire, le cessionnaire n'a entendu recueillir que les positions contractuelles actuelles et, sans doute, non litigieuses, c'est-à-dire se substituer au cédant pour les contrats en cours. Le cédant, dont la responsabilité contractuelle est engagée pour une inexécution contractuelle antérieure à la cession de l'activité contenant une cession des contrats concernés, ne peut donc espérer appeler en garantie le cessionnaire pour les condamnations prononcées à ce titre à son encontre – et attendre de ce dernier qu'il assume les conséquences dommageables de la responsabilité civile encourue. C'est bien jugé.

Arrêt commenté : CA Lyon, 12 juin 2019, RG n° 19/02843
