



HAL
open science

La cession conventionnelle de contrat en droit mauricien

Goran Georgijevic

► **To cite this version:**

Goran Georgijevic. La cession conventionnelle de contrat en droit mauricien. Revue juridique de l'Océan Indien, Association " Droit dans l'Océan Indien " (LexOI), 2021, pp.11-33. hal-03328960

HAL Id: hal-03328960

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-03328960>

Submitted on 30 Aug 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Articles

DROIT CIVIL

La cession conventionnelle de contrat en droit mauricien

Dr. Goran GEORGIJEVIC

Lecturer, Université de Maurice¹

Résumé :

En droit mauricien actuel, à la différence du droit français, la cession conventionnelle de contrat n'est pas réglementée dans les textes, que ce soit dans le Code civil mauricien ou dans une loi spéciale, alors qu'il n'y a pas d'obstacle, à notre avis, que sa validité soit reconnue par les juridictions mauriciennes. Le droit civil français, cette persuasive authority à Maurice, servira de base de réflexion dans cet article sur les contours que la cession conventionnelle de contrat devrait prendre en droit mauricien.

Abstract :

In Mauritian law, unlike French law, the conventional transfer of contract is not currently regulated either in the Mauritian Civil Code or in a special law, whereas there is no obstacle, in our opinion, for its validity to be recognized by the Mauritian courts. French civil law, this persuasive authority in Mauritius, will serve, in this article, as a basis for reflection on the shape that the conventional transfer of contract should take in Mauritian law.

¹ L'auteur est aussi Officier (*Law Reform Officer*) à la Commission des réformes de loi de la République de Maurice (*Law Reform Commission of Mauritius*). Ses fonctions à ce titre sont suspendues pendant la durée de son engagement contractuel à l'Université de Maurice.

Le droit civil français, une *persuasive authority* à Maurice. L'inspiration que cherche et trouve le droit civil mauricien auprès du droit français² est un secret de polichinelle. Le Code civil mauricien est rédigé en français, de très nombreux articles dans celui-ci et son pendant français sont identiques ou presque. Par conséquent, un Juge ou magistrat mauricien, amené à appliquer un article du Code civil mauricien, aura souvent recours à la jurisprudence et à la doctrine française³. Néanmoins, le droit civil mauricien est parfaitement autonome⁴ et obéit à sa propre logique ainsi qu'aux besoins de la société mauricienne. Aucune obligation formelle d'appliquer le droit civil français ne pèse sur un Juge ou magistrat mauricien : les arrêts de la Cour de cassation française ne seront cités dans les jugements mauriciens que si le Juge ou magistrat les considère adaptées au contexte⁵. En somme, les arrêts de la Cour de cassation française occupent à Maurice la place d'une *persuasive* et non d'une *binding authority*.

² Voir notamment : LAW REFORM COMMISSION, *Background Paper, Reform of Codes*, octobre 2010, <http://lrc.gov.mu/English/Reports/Pages/Reports-and-Papers.aspx> ; P.-R. DOMINGUE, « The Historical Development of the Mixed Legal System of Mauritius during the French and British Colonial Periods », *Research Journal, Law, Management and Social Sciences*, University of Mauritius, 2002, Volume 4, p. 62 ; E. AGOSTINI, « Heurs et malheurs du mariage religieux à l'Île Maurice », *Études offertes à Pierre Jobert*, Presses universitaires de Bordeaux, 1992, pp. 21-22 ; L.-E. VENCHARD, « L'application du droit mixte à l'Île Maurice », *Mauritius Law Review*, n° 4/1982, p. 31 ; A.-H. ANGELO, « Mauritius : The Basis of the Legal System », III *CILSA*, 1970, notamment pp. 237-239 ; M. BOGDAN, « The Law of Mauritius and Seychelles, A Study of Two Small Mixed Legal Systems », *Juristförlaget I Lund, Wallin & Dalholm Boktryckeri AB*, Lund 1989, notamment pp. 28-31 ; E. BURGEAT, « La révision du Code civil à l'Île Maurice », *Annuaire des Pays de l'Océan Indien*, 1975, Vol. 2, pp. 315 s. ; R. MARRIER D'UNIENVILLE, « L'évolution du droit civil mauricien », *Études de droit privé français et mauricien*, Congrès tenu à Saint-Denis de la Réunion (1er au 4 juillet 1965), Presses universitaires de France, 1969, p. 96 ; H. MOOLAN, « Les difficultés d'application des codes français à l'Île Maurice et les projets de codification », *Études de droit privé français et mauricien*, Congrès tenu à Saint-Denis de la Réunion (1^{er} au 4 juillet 1965), Presses universitaires de France, 1969, pp. 137 s. ; *Mixed Jurisdictions Worldwide, The Third Legal Family*, Second Edition, Edited by V. V. PALMER, Cambridge University Press, 2012, p. 629.

³ Citons en ce sens notamment un joli passage, extrait de l'arrêt de la Cour suprême de Maurice *Lingel-Roy M. J. E. M. and Ors v. The State of Mauritius and Anor* 2017 SCJ 411 « *It is appropriate to recall the practice that when it comes to the interpretation of a law borrowed from French law we stand guided for its interpretation by French doctrine and case law. One can quote in that respect the following passage from L'Etendry v The Queen [1953 MR 15]: "the normal rule of construction laid down time and again by this court (...) is to the effect that when our law is borrowed from French law we should resort for guidance as to its interpretation to French doctrine and case law"* » (souligné par l'auteur).

⁴ « *But, it has to be pointed out that the practice of relying on French authorities has always been for guidance and not in application of the stare decisis principle* » (souligné par l'auteur) (*Lingel-Roy M. J. E. M. and Ors v. The State of Mauritius and Anor* 2017 SCJ 411)

⁵ Voir par exemple les jugements de la Cour suprême de Maurice *Jugessur Mrs Shati & ORS v. Bestel Joseph Christian Yann & Anor* 2007 SCJ 106 et *Naikoo v. Société Héritiers Bhogun* 1972 MR 66 1972 comparés aux arrêts français Cass. ch. mixte, 27 fév. 1970 (n° 68–10276) et

La place du droit civil français face à la lacune juridique en droit mauricien relative à la cession de contrat conventionnelle. En droit mauricien actuel, à la différence du droit français⁶, la cession conventionnelle de contrat n'est pas réglementée dans les textes, que ce soit dans le Code civil mauricien ou dans une loi spéciale⁷, alors qu'il n'y a pas d'obstacle, comme nous le verrons, que sa validité soit reconnue par les juridictions mauriciennes⁸. Le droit civil français, cette *persuasive authority* à Maurice, servira de base de réflexion sur les contours que la cession conventionnelle de contrat devrait prendre, à notre avis, en droit mauricien. Dans les développements qui suivront seront donc pris en compte non seulement les cas spécifiques de cession conventionnelle de contrat en droit mauricien (cession dans le bénéfice d'une promesse de vente, cession de bail, cession dans un pacte d'actionnaires), mais aussi la jurisprudence et la doctrine française relatives à la cession conventionnelle de contrat.

Définition de la cession conventionnelle de contrat. Le contrat ne se résume pas aux créances et obligations qui en sont issues ; il englobe aussi des prérogatives et autres éléments explicitement (la clause de solidarité⁹, la stipulation des sûretés, par exemple ou encore les clauses d'agrément¹⁰, de dédit¹¹

Cass. crim. 17 March 1970 (n° 69-91040). Voir aussi *Mangroo vs Dahal*, 1937, MR 43 – E. AGOSTINI, « Responsabilité du fait des choses : l'Île Maurice est encore l'Isle de France », *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 6.

⁶ Art. 1216 à 1216-3 C. civ. fr.

⁷ Cette institution est tout de même mentionnée dans un des documents de la Commission de réforme des lois de Maurice (*Law Reform Commission*) : *Law Reform Commission, Discussion Paper, Reform of Law of Contract & Regime and Proof of Obligations in the Code Civil Mauricien*, juin 2017, pp. 60-61 ; nn° 118-120.

⁸ R. NOGUELLOU, « La cession de contrat », *Revue des contrats*, n° 3/2006, pp. 966 s., Introduction ; Partie I, sous-partie A – En revanche, depuis une réforme du Code civil français, qui est l'une des sources d'inspiration de notre Code civil, la cession conventionnelle du contrat y est consacrée : G. PILLET, « La cession conventionnelle de contrat du Code civil : une consécration en demi-teinte », *Revue des contrats*, n° 2/2017, pp. 392 s. Sommaire ; C. LACHIEZE, « L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat », *Recueil Dalloz* 2000, pp. 184 s., n° 24.

⁹ Sur la clause de solidarité affectant le paiement des loyers dans un bail d'habitation : Cass. 3^{ème}, 12 janv. 2017, *Recueil Dalloz*, 2017, p. 430 ; R. LIBCHABER, « Un colocataire solidaire peut être condamné à payer la moitié du loyer même après son départ », *Recueil Dalloz*, 1999, p. 115 ; Cass. 3^{ème} 28 oct. 2009, note G. FOREST, *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2686.

¹⁰ CA Lyon, 17 mai 2001, note J. MESTRE – B. FAGES, *RTD civ.* 2002, p. 98 ; Cass. com. 2 juillet 2002, note D. FERRIER, *Recueil Dalloz* 2003, p. 2426.

¹¹ Sur la différence entre la clause de dédit et la clause pénale : Cass. com. 18 janv. 2011, *Recueil Dalloz*, 2011, p. 376 ; D. MAZEAUD, « La faculté de dédit stipulée dans une promesse de cession de fonds de commerce ne s'analyse pas en une clause pénale susceptible d'être diminuée par le juge », *Recueil Dalloz*, 1996, p. 329 – Sur l'exercice abusif de la clause de dédit : Cass. 3^{ème}, 15 fév. 2000, *RTD civ.* 2000, p. 564. Voir aussi : J.-L. AUBERT, « La cession de contrat » (a), *Defrénois*, n° 13-14/2000, p. 811 s. par n° 3.

et les clauses de non-responsabilité ou de limitation de responsabilité¹², etc.) ou implicitement (la résolution unilatérale dans les contrats à durée indéterminée¹³) stipulés¹⁴. Aujourd'hui, en droit mauricien¹⁵, le contrat peut être conçu non seulement comme un rapport juridique¹⁶ liant le créancier au débiteur, mais aussi comme un ensemble d'éléments variés qui constitue en lui-même un bien¹⁷. Se pose donc légitimement la question si, en droit mauricien, le contrat en tant que bien peut faire l'objet d'un autre contrat qui aurait pour objet la cession de celui-là. Nous sommes d'avis que oui. Dans le sillage d'une réponse positive à cette question, apparaîtront de nombreuses autres questions relatives aux conditions de validité de cette opération ainsi qu'à ses effets.

La cession conventionnelle de contrat peut être définie¹⁸ comme l'opération par laquelle un contractant, nommé le *cédant*, cède sa qualité de partie au contrat¹⁹ faisant l'objet de la cession²⁰ à une autre personne, que l'on appelle

¹² D. MAZEAUD, « Le sort des clauses limitatives de réparation en cas de résolution du contrat », *Recueil Dalloz*, 2018, pp. 537-541 ; Cass. 1^{ère}, 29 oct. 2014, *Recueil Dalloz*, 2015, p. 188 ; J. PENNEAU, « Validité de la clause de non-responsabilité d'une clinique en cas de vol de bijoux, au sein de l'établissement », *Recueil Dalloz*, 1991, p. 184 ; C. LARROUMET, « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », *Recueil Dalloz*, 1997, p. 145.

¹³ A. ETINNEY-DE SAINTE MARIE, « Le contrat à exécution successive, le contrat à durée indéterminée et l'engagement perpétuel : de quelques incertitudes persistantes, avant et après la réforme », *Recueil Dalloz*, 2017, pp. 678 s. partie II – Sur la sanction du non-respect du délai de préavis : Cass. com. 27 sept. 2017, note H. BARBIER, *RTD civ.* 2017, pp. 859-861 – Sur le caractère raisonnable du préavis : Cass. com. 8 fév. 2017, *Recueil Dalloz* 2017, p. 678.

¹⁴ Dans cette analyse, appelée l'analyse unitaire de la cession conventionnelle, le contrat est conçu comme un bien et pas une simple addition de créance et de dette du cédant. Il englobe aussi tout un faisceau de prérogatives et clauses contractuelles. Voir G. PILLET, *art. cit.*, Introduction ; S. BOUSSOURUN, « Cas particulier de cession conventionnelle de contrat : le transfert du contrat de service téléphonique », *Les Petites Affiches*, n° 111/2001, pp. 4 s.

¹⁵ Voir les articles 1101 et suivants du Code civil mauricien.

¹⁶ Voir par exemple : E. JEULAND, « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.* 2003, pp. 455 s., n° 25.

¹⁷ Y. BUFFELAN-LANORE – V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, les obligations*, Sirey, 17^{ème} éd. 2020-2021, pp. 585-586, n° 1787. Dans un sens contraire : P. MALAURIE – L. AYNES – P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, Paris, L.G. D. J., 11^{ème} édition, 2020, p. 471, n° 505

¹⁸ Art. 1216 C. civ. fr. – Sur la cession conventionnelle du contrat d'abonnement téléphonique : S. BOUSSOURUN, *art. précit.*, pp. 4 s., sommaire ; L. ANDREU, « Vente. - Cession de dette. Cession de contrat », *Jurisclasseur Code civil*, art. 1689 à 1695, Fasc. 40, déc. 2014, n° 107.

¹⁹ P. MALAURIE – L. AYNES – P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 472, n° 506.

²⁰ Ainsi, par exemple, dans une cession conventionnelle de bail, le second locataire sera tenu de la dette de réparation concernant le dommage qu'avait causé le premier locataire aux parties communes de l'immeuble. Cette solution se justifie par le fait que le prix de la cession du fonds de commerce, dont le bail en question faisait partie, était fixé en prenant en compte la dette de réparation transmise au cessionnaire (Cass. 3^{ème}, 30 sept. 2015, note S. ANIEL-BARRAU, *Gazette du Palais*, n° 337/2015, p. 18).

cessionnaire²¹. L'autre partie au contrat faisant l'objet de la cession est communément nommée *cédé*. L'originalité de la cession conventionnelle de contrat réside dans la préservation du lien contractuel initial²² : l'opération ne donne pas naissance à un nouveau contrat²³. Ainsi, par exemple, l'acheteur d'un bien immobilier, qui s'est trouvé substitué au bailleur initial pour l'intégralité des clauses du contrat de bail et de ses accessoires, ne peut disposer de plus de droits que son vendeur : l'acheteur du bien loué n'est dès lors pas fondé à réclamer au locataire le paiement d'un nouveau dépôt de garantie²⁴.

Malgré l'absence d'une règle générale sur la cession conventionnelle de contrat en droit mauricien, constatée dans les développements qui précèdent, il n'en demeure pas moins que l'institution n'y est pas totalement inconnue. Néanmoins, l'on peut trouver ici et là les applications ponctuelles de ce mécanisme. Ainsi, l'article 1717 du Code civil mauricien²⁵ définit la cession conventionnelle de bail comme un contrat en vertu duquel le preneur cède son contrat de location à un tiers, qui devient locataire et partie au contrat de bail. Le cessionnaire devient donc titulaire du droit de jouissance sur le bien loué, issu du contrat de bail, mais il sera aussi débiteur, à l'égard du bailleur, de l'obligation de payer le loyer conformément au contrat de bail²⁶. La jurisprudence mauricienne admet, à son tour, la possibilité de cession de parts sociales comme en témoigne l'arrêt de la Cour suprême de Maurice *Mauritius Commercial Bank Ltd vs. Sibartie Fils et Compagnie & Sibartie* 1986 MR 103.

Le domaine de la cession conventionnelle de contrat. Les contrats à exécution successive²⁷ sont certainement le domaine de prédilection de la cession conventionnelle de contrat en droit civil mauricien²⁸, car l'exécution des

²¹ C. JUILLET, « Le sort des sûretés du cédé dans la cession de contrat de droit commun », *Revue des contrats*, n° 2/2017, pp. 382 s., n° 2 ; J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s., n° 1.

²² Cass. 1^{ère}, 14 déc. 1982, Bull. civ. I, n° 360 : la Cour relève que le cessionnaire est tenu envers le cédé « en vertu du contrat transmis ». – G. PILLET, *art. cit.*, Sommaire ; L. ANDREU, *Fasc. préc.* n° 103 ; L. AYANES, « Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé », *Recueil Dalloz*, 1998, pp. 25 s., n° 8.

²³ R. NOGUELLOU, *art. cit.* ; L. ANDREU, *Fasc. précit.* n° 108 ; C. LACHIEZE, *art. cit.*, n° 21 ; D. MARTIN, « Du changement de contractant », *Recueil Dalloz*, 2001, pp. 3144 s. partie I, sous partie A – En sens contraire : M. BILLAU – C. JAMIN, « La cession conventionnelle de contrat est soumise à la délégation de l'article 1275 du Code civil », *Recueil Dalloz* 2002, pp. 984 s.

²⁴ Cass. 3^{ème}, 26 mars 2014, n° 13-10698, note D. HOUTCIEFF, *Gazette du Palais*, n° 184/2014, p. 19.

²⁵ *Vide Esso Mauritius Ltd v D. Pardhun* 2000 SCJ 081 et *Hafejee Goolam Mahmad v Lee Kiang Tek Li Sung Sang* 1996 SCJ 348.

²⁶ C. QUEMENT, « Bail commercial. – Cession », *Jurisclasseur Code civil*, art. 1708 à 1762, Fasc. 1450, déc. 2014, n° 3 ; 109.

²⁷ Il est à noter que la cession conventionnelle du contrat ne modifie pas, bien évidemment, la durée du contrat qui en fait l'objet : C. LACHIEZE, *art. précit.*, pp. 184 s. n° 13.

²⁸ Comp. avec : L. ANDREU, *Fasc. précit.* n° 105.

obligations contractuelles s'étale dans le temps. Néanmoins, il n'y a aucun obstacle sérieux, à notre avis, à ce qu'en droit mauricien les contrats à exécution instantanée puissent faire l'objet d'une cession. Il nous semble parfaitement possible d'envisager la cession de tels contrats dès lors que l'exécution des obligations découlant de ces contrats est retardée²⁹. En somme, la cession conventionnelle de contrat semble pouvoir trouver sa place en droit mauricien dans une panoplie de contrats spéciaux tels que, la vente, le bail, le contrat d'entreprise, le contrat de franchise, le contrat de concession exclusive, etc.

Cession conventionnelle et cession légale de contrat. La cession de contrat, dont le principe de validité nous préconisons pour le droit mauricien, n'est pas un phénomène dont l'origine serait exclusivement contractuelle³⁰. Il existe en droit privé mauricien des cas où elle serait d'origine légale, c'est-à-dire ordonnée par la loi³¹. Le Législateur peut décider de prévoir une cession de contrat afin d'assurer la stabilité d'une activité, celle du locataire d'un immeuble par exemple³². Ainsi, aux termes de l'article 1743 du Code civil mauricien, en cas de vente d'un bien loué, le nouvel acheteur devra, *a priori*, supporter le bail en cours, jusqu'à son expiration. L'acheteur devient donc le nouveau bailleur, et le contenu du bail reste exactement le même³³.

Intérêts de la cession conventionnelle de contrat. Les contrats durent parfois dans le temps, et sont d'une valeur financière considérable ; il est donc préférable d'assurer leur durabilité autant que faire se peut, au lieu de les faire disparaître³⁴. La cession conventionnelle de contrat est donc un instrument de

²⁹ P. MALAURIE – L. AYNES – P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 473, n° 507 ; J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s. par n° 12 ; J.-P. CLAVIER, note ss Cass. 3ème, 7 juill. 1993, D. 1994, p. 597, spéc. I ; B. – C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière », *Mél. P. Raynaud*, Dalloz 1985, n° 20 s. Contra : L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984, n° 268, p. 194 : « l'obligation de donner, parce qu'elle s'absorbe dans le transfert d'un droit préexistant, [est] par nature incessible et ceci que le transfert de propriété soit immédiat, ou qu'il soit différé : on ne substitue pas un tiers dans le bénéfice d'une obligation de donner ; on lui transmet la propriété de la chose » ; L. ANDREU, *Fasc. précit.* n° 105.

³⁰ F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 12^{ème} éd. 2019, p. 1737, n° 1666 ; L. TRANCHANT – V. EGEEA, *Droit des obligations*, Dalloz, 23^{ème} éd., 2018, p. 77.

³¹ E. JEULAND, *Fasc. précit.*, n° 4. Sur la cession légale, en droit français, du contrat de crédit-bail, voir R.-N. SCHUTZ, *Rép. civil Dalloz*, « Crédit-bail – Réalisation de l'opération de crédit-bail », oct. 2015, n° 193 – Sur la cession légale, en droit français, du contrat de travail : M. BILLAU, « Application volontaire de l'article L. 122-12 du Code du travail et inexécution par le cessionnaire des obligations résultant de la poursuite du contrat », *Recueil Dalloz*, 2004, pp. 1408-1411.

³² G. PILLET, *art. précit.* pp. 392 s., Introduction.

³³ Cass. 3^{ème}, 8 juillet 2014, note W. DROSS, *RTD civ.* 2014, pp. 910-913.

³⁴ P. MALAURIE – L. AYNES – P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. pp. 471-472, n° 505 ; G. PILLET, *art. précit.*, pp. 392 s., Introduction.

stabilité et de souplesse de l'instrument contractuel. C'est pourquoi le principe de validité de la cession conventionnelle de contrat ne devrait pas être contestable, à notre avis, en dépit de la lacune juridique relative à cette institution du droit des obligations.

Arguments en faveur de l'incessibilité du contrat. Le principe de validité de la cession conventionnelle de contrat n'est pas unanimement accepté³⁵. Ses adversaires pensent qu'un lien contractuel ne peut pas être cédé car, comme la dette, il n'a pas de valeur patrimoniale. Selon les détracteurs de la cession conventionnelle de contrat, le contrat représente un rapport purement personnel. L'objection repose sur une conception subjective du contrat : le contrat est donc un lien, pas un bien³⁶. Le cédant ne peut se dégager seul, considèrent les adversaires de la validité de la cession conventionnelle de contrat, du contrat qui le lie au cédé. En l'absence d'accord de ce dernier, la convention intervenue entre le cédant et le cessionnaire ne peut réaliser qu'une cession qui ne libère pas le cédant. En revanche, rien n'empêche le cédé d'accepter le transfert de la qualité de partie à un tiers, soit en se prévalant du contrat cédé à l'encontre du cessionnaire, soit en permettant que le cessionnaire se prévale du contrat cédé à son encontre. Mais dans ce cas, il n'y a pas non plus cession de contrat, car le cessionnaire fait une offre de changement de cocontractant au cédé ; en acceptant cette offre, le cédé forme un nouveau contrat avec le cessionnaire³⁷.

Sauf tout le respect envers ces arguments, nous pensons qu'il n'y a pas de raisons convaincantes de refuser la validité de la cession conventionnelle de contrat en droit civil mauricien. A notre avis, il n'existe aucune contradiction entre l'exigence du consentement du cédé et la cession de contrat qui transmettrait un même contrat au cessionnaire. « Rien n'empêche, en principe, que le second accord ait pour objet la continuation du premier contrat »³⁸ et le consentement du cédé n'est qu'une simple habilitation de cet accord entre le cédant et le cessionnaire qui produira des effets à son égard.

Fondement théorique de la cession conventionnelle de contrat. La question peut se poser de savoir, bien évidemment, quel serait le fondement théorique en droit civil mauricien permettant d'affirmer la validité de la cession conventionnelle de contrat. D'habitude, on évoque la cause du contrat pour

³⁵ D. MAZEAUD, « Parce que le contrat avait été conclu intuitu personae, il ne pouvait être unilatéralement cédé sans avertissement, ni avis préalable adressé au cocontractant cédé », *Recueil Dalloz*, 1996, p. 115 ; J. ANTIPPAS, « Regards comparatistes internes sur la cession conventionnelle de contrat », *RTD civ.* 2017, pp. 43 s. n° 25.

³⁶ J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s. par n° 5 ; C. LACHIEZE, *art. précit.*, pp. 184 s., nn° 4, 19.

³⁷ J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s., n° 5 ; C. LACHIEZE, *art. précit.*, pp. 184 s. n° 4.

³⁸ J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s., n° 6.

expliquer la validité de cette opération³⁹, la cause étant conçue comme un mélange d'éléments objectifs et subjectifs destiné à satisfaire les besoins individuels des contractants⁴⁰. La cession conventionnelle de contrat devient alors facilement concevable : il suffira d'un tiers intéressé de devenir contractant à un contrat déjà existant (cessionnaire), à qui cette combinaison d'éléments objectifs et subjectifs conviendra. L'identité d'un contractant changera, mais le contrat restera le même, car il a préservé sa cause⁴¹.

Après avoir constaté qu'il n'existe aucun obstacle sérieux à ce que la cession conventionnelle de contrat fasse partie du droit positif mauricien, il semble nécessaire d'étudier, d'une part, les conditions de validité de cette opération contractuelle (Première partie), et d'autre part, d'analyser ses effets (Seconde partie).

I. Conditions de validité de la cession conventionnelle de contrat

Nous étudierons, successivement, deux conditions de validité de la cession conventionnelle de contrat, à savoir, une condition de fond – le consentement du cédé (A) et une condition de forme (B).

A. Consentement du cédé

Du consentement du contractant cédé. L'une des questions importantes que soulève la cession conventionnelle du contrat en droit mauricien est celle du rôle et de la place du consentement du cédé, qui est, d'un point de vue juridique, une autorisation, et un acte juridique unilatéral⁴².

D'un point de vue théorique, l'on peut envisager d'attribuer trois rôles au consentement du cédé. Tout d'abord, l'on peut faire du consentement du cédé une condition de validité de la cession de contrat. Par conséquent, à défaut de consentement du cédé, la cession sera nulle et ne produira pas d'effets juridiques⁴³. Une deuxième solution envisageable est celle d'analyser le

³⁹ G. PILLET, *art. précit.*, pp. 392 s., Partie I, sous-partie A, 2°.

⁴⁰ G. PILLET, *art. précit.*, pp. 392 s., Partie I, sous-partie A, 2°.

⁴¹ G. PILLET, *art. précit.*, pp. 392 s., Partie I, sous-partie A, 2° ; J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s. n° 4 – Il est intéressant de noter que la cause de l'engagement contractuel, évoquée plus haut comme fondement théorique permettant la cession conventionnelle de contrat, est toujours bien inscrite dans notre Code civil (art. 1131-1133), alors que ce n'est plus le cas dans le Code français, depuis la célèbre réforme de 2016.

⁴² G. PILLET, *art. précit.*, pp. 392 s., Partie I, sous-partie B, 1°.

⁴³ J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s. par n° 13.

consentement du cédé comme une simple condition d'opposabilité de la cession à son égard. En l'absence de ce consentement, la cession sera valable *inter partes*, elle produira ses effets entre le cédant et le cessionnaire. En revanche, le cessionnaire ne pourra réclamer l'exécution du contrat au cédé, et inversement le cédé ne pourra pas exiger l'exécution du cessionnaire⁴⁴. Enfin, il existe aussi une troisième possibilité, celle de considérer le consentement du cédé comme une condition de la libération du cédant, ce dernier demeurant tenu, à titre principal ou comme simple garant, en l'absence d'accord de son cocontractant⁴⁵.

Il est aussi à noter que selon certaines plumes autorisées, le consentement du cédé n'est pas du tout nécessaire dans la conception unitaire de la cession conventionnelle de contrat, où le contrat est transmis comme un ensemble et pas comme un faisceau de droits, obligations, droits potestatifs etc. Selon ces auteurs, la cession ne vise pas principalement à libérer le cédant, mais à préserver le lien contractuel⁴⁶.

À notre connaissance, les juridictions mauriciennes n'ont pas eu l'occasion jusque-là à se prononcer sur le rôle et la place du consentement du cédé dans une cession conventionnelle de contrat, mais elles seront tôt ou tard amenées à le faire. À notre avis elles devraient attribuer à ce consentement un double rôle. Un premier consentement du cédé est nécessaire pour la validité du contrat de cession⁴⁷. Certes, le cédé est un tiers au contrat de cession, et son consentement n'est qu'une habilitation, un élément externe à la validité de la cession. Toutefois, il ne faut pas oublier qu'il est partie au contrat initial, faisant l'objet du contrat de cession. En droit mauricien des contrats, le contrat est défini comme un accord de volontés destiné à produire des effets de droit⁴⁸. Le consentement, conçu comme adhésion mentale à l'opération juridique et économique envisagée, est donc une *condicio sine qua non* du contrat. Cette exigence doit subsister tout au long de l'existence du contrat, et non seulement être satisfaite au moment de sa conclusion. Concrètement, l'on ne peut demander au cédé d'exécuter au profit du cessionnaire ses obligations du contrat conclu avec le cédant, tant qu'il n'a pas exprimé son adhésion à l'idée de cession de son contrat⁴⁹. L'adhésion en question

⁴⁴ L. AYNES, « Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé », *Recueil Dalloz*, 1998, pp. 25 s., n° 7 et 11 ; J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s. par n° 13.

⁴⁵ J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s. par n° 13.

⁴⁶ J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s. n° 4.

⁴⁷ Comp. avec : J. ANTIPPAS, *art. précit.*, pp. 43 s. n° 27 ; F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 1739 ; 1741, n° 1667 ; 1669 ; L. TRANCHANT – V. EGEEA, *op. cit.*, p. 77.

⁴⁸ Voir l'art. 1101 C. civ. maur.

⁴⁹ Comp. avec : « *La force obligatoire du contrat interdit que l'une des parties se substitue un tiers sans le consentement de l'autre sauf bien sûr lorsque la loi l'y autorise* » (C. LACHIEZE, *art. précit.*, pp. 184 s. n° 1). – « *La 'stipulation contractuelle de substitution' d'un contractant, autrement qualifiée de cession conventionnelle de contrat [...], n'est pas possible si elle ne s'accompagne du consentement de la partie cédée* » (C. JAMIN, M. BILLAU, « La cession

revêt la forme du consentement du cédé à la cession conventionnelle du contrat, qui sera donc une condition externe à la validité du contrat.

Le consentement-condition de validité de la cession nous semble être une solution préférable au consentement à la cession-condition d'opposabilité. A défaut de consentement du cédé, le cessionnaire ne pourra lui demander l'exécution des obligations issues du contrat cédé et *vice versa*, le cédé ne pourra demander au cessionnaire l'exécution des obligations issues de ce contrat. Par conséquent, il est difficile de comprendre quelle serait l'utilité, à défaut du consentement du cédé, de maintenir le contrat de cession *inter partes*, entre le cédant et le cessionnaire. En somme, nous sommes d'avis que, pour ce qui est du droit civil mauricien, le consentement du contractant cédé est *une condicio sine qua non* de la validité du contrat de cession⁵⁰. A titre de comparaison, la règle est explicitement affirmée tant dans la jurisprudence administrative française⁵¹ que dans la jurisprudence civile⁵². Même s'il est vrai que la cession de contrat imparfaite n'empire pas la situation économique du cédé, car il dispose de deux débiteurs, à savoir le cessionnaire et le cédant, l'article 1119 du Code civil mauricien est clair : mise à part des cas spécifiquement prévus dans la loi, on ne peut créer des droits au profit des tiers ni des obligations à leur charge. Le contenu du contrat cédé reste, certes, le même, mais l'article 1119 de notre Code civil empêche cette re-direction du cédé envers le cessionnaire dans le cas où le cédé n'y aurait pas donné son consentement. A défaut de son consentement, le cédé est à l'abri des effets de la convention de cession grâce à l'effet relatif des conventions : comme il est un tiers à la cession, il ne peut être lié par celle-ci. Autrement dit, sans le consentement du cédé, il n'y aura pas de possibilité pour les parties à la cession de contrat d'imposer au cédé le changement de cocontractant⁵³. Ainsi par exemple, dans un arrêt du 6 mai 1997, la chambre

conventionnelle de contrat exige le consentement du cédé », *Recueil Dalloz*, 1997, pp. 588 s. n° 1, pour une explication économique de l'exigence du consentement du cédé voir par n° 4). – « *Quels que soient la cause et l'objet d'un contrat, nul contractant n'admettrait que son partenaire puisse librement lui imposer un nouveau partenaire* » (D. MAZEAUD, *art. précit.*, p. 115).

⁵⁰ R. NOGUELLOU, *art. précit.*, pp. 966 s., Introduction ; Partie I, sous-partie B ; C. JUILLET, Le sort des sûretés du cédé dans la cession de contrat de droit commun, *Revue des contrats*, n° 2/2017, pp. 382 s. n° 2 ; S. BOUSSOURUN, *art. précit.*, pp. 4 s., Partie I, sous-partie A, paragraphe 1.

⁵¹ Dans un arrêt de 1869, on peut ainsi lire que « *les adjudicataires des services de l'État n'ont droit de se substituer ou de s'adjoindre des associés en ce qui touche l'exécution du service dont ils sont chargés, qu'autant qu'ils y ont été expressément autorisés* » (CE, 28 juill. 1869, *Laffitte*, Lebon, p. 719). Cette solution sera systématisée dans la décision *Compagnie départementale des eaux* du 20 janvier 1905 (R. NOGUELLOU, *art. précit.*, pp. 966 s., Introduction ; Partie I, sous-partie B).

⁵² Cass. com. 6 mai 1997. Voir aussi CA Pau 26 janv. 2021, n° 19/01043 ; CA Nîmes, 3 sept. 2020, n° 18/03613.

⁵³ J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s., n° 16.

commerciale de la Cour de cassation a jugé qu'un acheteur ne pouvait être condamné à payer les factures émises par une société substituée à son fournisseur sans que soit recherché si, dans le contrat conclu entre le fournisseur et l'acheteur, ou ultérieurement, ce dernier avait donné son consentement à la substitution de cocontractants. Cet arrêt suggère nettement, et à juste titre selon nous, que la validité de la cession conventionnelle nécessite dans tous les cas le consentement du cédé⁵⁴. Pour ce qui est du moment où ce consentement doit être émis, il peut être donné par anticipation, dès la conclusion du contrat faisant l'objet de la cession, ou ultérieurement, et en particulier au moment de la cession⁵⁵.

Après avoir donné ce premier consentement, dont dépend la validité du contrat de cession, le cédé peut aussi émettre un second consentement dont dépendrait la libération du cédant⁵⁶, ne serait-ce que pour l'avenir. Il faut garder à l'esprit que, même s'il donne son consentement à l'opération qui est la cession conventionnelle de contrat, le cédé aura l'intérêt à préserver un maximum de sécurité en ce qui concerne l'exécution des obligations de l'autre partie issues du contrat cédé. Par conséquent, les juridictions mauriciennes ne devraient pas, à notre avis, déduire la libération du cédant de ses obligations du consentement que le cédé aurait donné au contrat de cession. Il est dans l'intérêt du cédé d'avoir autant de garanties que possible pour obtenir la réalisation de sa créance. Ainsi, même si le cédé peut désormais demander au cessionnaire l'exécution du contrat cédé, il est dans l'intérêt de celui-là qu'il puisse le demander au cédant aussi, même si celui-ci cesse d'être partie au contrat cédé. Ce n'est que dans l'hypothèse où le cédé souhaiterait explicitement, pour l'une des raisons qui lui est propre, libérer le cédant, que celui-ci sera libéré, pour l'avenir seulement ou pour l'avenir et le passé, de ses engagements issus du contrat cédé. Il faut donc un consentement exprès du cédé pour libérer le cédant de ses engagements contractuels⁵⁷. En cas de libération totale, le cessionnaire restera alors le seul débiteur du cédé⁵⁸. La règle proposée plus haut pour le droit mauricien s'explique par le fait que la libération totale du cédant ou ne serait-ce que la transformation de son obligation principale en obligation accessoire (subsidaire) affaiblit, parfois considérablement, la position financière du cédé⁵⁹, qui n'a désormais qu'un seul débiteur (cessionnaire) ou doit demander d'abord l'exécution du contrat au cessionnaire. En outre, d'un point de vue juridique, l'effet obligatoire et relatif du contrat (l'on songe ici au

⁵⁴ C'est pourquoi l'article 1717 du Code civil mauricien étonne, car il ne subordonne pas la cession du contrat de bail au consentement préalable du bailleur.

⁵⁵ J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s., n° 14.

⁵⁶ F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 1774, n° 1672 ; L. TRANCHANT, V. EGEEA, *op. cit.*, p. 77 ; Y. BUFFELAN-LANORE – V. LARRIBAUTERNEYRE, *op. cit.*, p. 588, n° 1797.

⁵⁷ C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s., n° 2.

⁵⁸ J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s., n° 15.

⁵⁹ Ce sera notamment le cas lorsque la situation financière du cessionnaire est bien plus faible que celle du cédant.

contrat initial qui fait l'objet de la cession) s'oppose à une telle modification, sans le consentement du cédé. Le cédant s'est obligé à l'égard du cédé *via* le contrat faisant l'objet de la cession, et il ne peut être exonéré de ses engagements contractuels, ni diminuer unilatéralement la portée de ces engagements⁶⁰, sans le consentement de l'autre partie (cédé).

En dépit du raisonnement déployé plus haut, certains auteurs estiment qu'un seul et unique consentement du cédé est suffisant pour libérer le cédant de ses engagements⁶¹. En d'autres termes, le consentement du cédé à la cession conventionnelle du contrat, vaut aussi le consentement relatif à la libération du cédant de ses engagements issus du contrat cédé. Dans la législation de certains pays, ce double effet du consentement du cédé est consacré⁶². Pour des raisons décrites plus haut, nous ne sommes pas d'accord avec l'idée que le consentement du cédé emporte à la fois la validité du contrat de cession et la libération du cédant de ses engagements contractuels. L'exigence d'un double consentement du cédé est donc préconisée pour le droit civil mauricien.

Il peut bien arriver que le contractant cédé refuse son consentement au contrat de cession. La question peut donc se poser de savoir de quels recours disposent le cédant et le cessionnaire dans ce cas en droit civil mauricien. A titre de comparaison, en droit administratif français les motifs légitimes pour que le contractant cédé puisse refuser son consentement tiennent à *des considérations techniques ou financières, en rapport avec l'exécution du contrat en cause*⁶³. Les motifs légitimes⁶⁴ pour refuser le consentement doivent être de nature objective⁶⁵. De plus, en droit civil français, le cédé ne peut non plus refuser arbitrairement le consentement au contrat de cession⁶⁶.

Eu égard au développement qui précède, la question légitime se pose de savoir quelles sont, en droit mauricien, les limites au refus du cédé de donner son autorisation à la cession du contrat dans les contrats « normaux », mais également dans les contrats *intuitu personae*. De plus, il faut se pencher sur la question de la sanction applicable en cas de refus abusif du cédé de donner son consentement au contrat de cession. A notre avis, en droit civil mauricien, le droit du cédé de donner ou non son consentement à l'opération de cession ne saurait être exercé arbitrairement, du moins, dans les contrats n'étant pas conclus *intuitu personae*. Ainsi, le refus du cédé de consentir à la cession devrait être fondé sur des raisons

⁶⁰ J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s., n° 19.

⁶¹ S. BOUSSOURUN, *art. précit.*, pp. 4 s., Partie II, sous-partie A.

⁶² Voir notamment les articles 145 et 146 de la Loi des obligations serbe.

⁶³ CE, 8 nov. 1935, *Cie guadeloupéenne de distribution électrique*, Lebon, p. 1021.

⁶⁴ S. BOUSSOURUN, *art. précit.*, pp. 4 s., Partie I, sous-partie A, n° 2.

⁶⁵ R. NOGUELLOU, *art. précit.*, pp. 966 s., Introduction ; Partie II, sous-partie A.

⁶⁶ L. AYNES, « Cession de contrat, nouvelles précisions sur le rôle du cédé », D. 1998, doct., p. 25.

objectives, telles que les compétences techniques faibles ou la situation financière compromise du cessionnaire. De telles raisons peuvent raisonnablement expliquer l'absence de volonté du cédé de faire rentrer dans la relation contractuelle un nouveau débiteur (cessionnaire). En dehors de cette hypothèse, le refus du cédé devient déraisonnable, car il ne se justifie par aucun motif valable⁶⁷. Ce refus du cédé est alors susceptible d'être qualifié d'abusif⁶⁸. Dans de tels cas, la sanction qui nous semble la plus appropriée est celle d'allocation de dommages et intérêts, à condition, bien sûr, que le cessionnaire démontre que la faute du cédé (le refus abusif de son consentement) lui a causé un préjudice⁶⁹. Nous ne sommes pas d'avis que, pour ce qui est du droit mauricien, la substitution forcée du cessionnaire au cédé soit la sanction la plus heureuse dans ce type de situation, car le contrat, en droit mauricien, reste avant tout un accord de volontés⁷⁰. Faire rentrer le cessionnaire dans une relation contractuelle forcée avec le cédé, signifierait l'existence d'un contrat entre le cédé et le cessionnaire auquel celui-là n'a pas consenti⁷¹. Un tel contrat contredirait la lettre de l'article 1101 du Code civil mauricien. En revanche, il nous semble très difficile de qualifier d'abusif le refus du cédant de consentir à la cession de contrat lorsque le contrat qui en ferait l'objet est un contrat *intuitu personae*⁷². Dans ce type de contrat, il existe bien évidemment une forte dose de subjectivisme, car parmi plusieurs débiteurs possibles d'une prestation, le créancier en choisit un en raison de ses

⁶⁷ Ainsi, par exemple, le refus d'un bailleur de donner son accord à la cession conventionnelle de bail ne peut être discrétionnaire et doit revêtir un caractère légitime. La cour d'appel, ayant constaté que le bailleur n'avait donné aucun motif au locataire pour son refus d'accepter la cession conventionnelle de bail, a pu considérer que le refus du bailleur était abusif, et ne reposait pas sur un motif légitime. Par conséquent, la cour d'appel a ordonné en toute légalité au bailleur de réparer le préjudice subi par le locataire (Cass. 3^{ème}, 15 juin 2011, n° 10-16.233 ; *Loyers et copr.* 2011, comm. 271).

⁶⁸ En sens contraire : L. ANDREU, *Fasc. précit.* n° 113.

⁶⁹ Ainsi, par exemple, « le refus injustifié du bailleur peut engager sa responsabilité dès lors que ce refus a causé un préjudice au preneur dû au retard dans la cession du fonds de commerce dont le bail est un élément essentiel » (C. QUEMENT, *Fasc. précit.* n° 44).

⁷⁰ Pour une solution allant en sens contraire (l'autorisation judiciaire remplaçant l'accord du bailleur, en cas de son refus injustifié) : C. QUEMENT, *Fasc. précit.* n° 45.

⁷¹ À titre de comparaison, la substitution d'un contractant à l'autre dans une relation contractuelle préexistante est une sanction moderne applicable désormais aux pactes de préférence où le promettant aurait violé l'obligation de priorité souscrite envers le bénéficiaire du pacte. Cette substitution y a été rendue possible grâce au fait que le promettant a donné, au jour de la conclusion du contrat, son consentement au contrat de vente, dont le contenu est déjà entièrement fixé. Eu égard à ce fait, et à condition que le contrat en question ne soit pas un contrat *intuitu personae*, il n'y a aucun obstacle plausible que l'obligation de faire du promettant, celle d'offrir en priorité le même contrat au bénéficiaire, fasse l'objet d'une exécution forcée. Et cette exécution signifie que le consentement du promettant soit dévié vers le bénéficiaire, qui devient la partie au contrat, en en faisant sortir le tiers co-contractant de mauvaise foi.

⁷² Sur le principe de validité de la cession d'un contrat *intuitu personae* : P. MALAURIE – L. AYNES – P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 480, n° 517.

connaissances et compétences spéciales et en fait une *condicio sine qua non* du contrat. Cet élément subjectif, se résumant à « quelque chose de spécial » chez le débiteur choisi, empêche de parler d'abus, lorsque le cédé refuse de remplacer son co-contractant initial par un autre.

Quant à la forme du consentement du cédé, la Cour de cassation française, cette *persuasive authority* à Maurice, ne demandait pas de forme particulière et reconnaissait le consentement tacite⁷³, découlant du comportement du cédé⁷⁴. La liberté de la forme du consentement du cédé ne nous semble pas gênante, du point de vue du droit civil mauricien, et peut être conseillée aux juridictions mauriciennes. Bien évidemment, il est certainement plus prudent d'en pré-constituer une preuve en obtenant un accord écrit du cédé.

Pour ce qui est du moment du consentement du cédé, il peut être donné à l'avance, et notamment « en blanc »⁷⁵, dans le contrat initial⁷⁶. En faisant ainsi, le cédé accepte certainement un risque⁷⁷ concernant la solvabilité et les compétences du cessionnaire dans ce futur contrat de cession⁷⁸, qu'il lui est impossible de connaître à l'avance. Ce risque explique pourquoi le droit administratif en France, a jugé inacceptable, en matière de déroulement du service public, que le consentement du cédé à la cession de contrat soit donné *a priori*⁷⁹.

Finalement, une question théoriquement et pratiquement intéressante peut se poser en droit civil mauricien : est-ce que le consentement du cédé donné à l'avance s'applique uniquement au cessionnaire immédiat ou, au contraire, englobe-t-il tous les cessionnaires subséquents. Il nous semble plus juste de limiter en droit mauricien ce consentement donné « en blanc » au seul cessionnaire immédiat, car à propos de celui-ci le cédé fait confiance à son co-contractant initial (cédant). On ne pourrait pas dire autant en ce qui concerne les cessionnaires ultérieurs choisis par le cessionnaire initial⁸⁰.

⁷³ Cass. com. 7 janv. 1992, *Société des Grands garages de l'Hérault*, préc. ; Cass. 1^{ère}, 6 juin 2000, Bull. civ. I, n° 173.

⁷⁴ Dans le cadre de la cession du contrat d'abonnement téléphonique en France, il est souvent exigé que le cédé donne son accord par écrit (S. BOUSSOURUN, *art. précit.*, pp. 4 s., Partie I, sous-partie A, paragraphe 2).

⁷⁵ CA Caen 21 fév. 2019, n° 17/00788

⁷⁶ R. NOGUELLOU, *art. précit.*, pp. 966 s., Introduction ; Partie II, sous-partie B. – Il peut tout aussi bien être donné au moment de la conclusion du contrat de cession (C. JAMIN, M. BILLAU, « La cession conventionnelle de contrat exige le consentement du cédé », *Recueil Dalloz*, 1997, pp. 588 s. n° 1 et 6 ; C. JAMIN, « Cession de contrat et consentement du cédé », *Recueil Dalloz*, 1995, pp. 131 s.).

⁷⁷ L. ANDREU, *Fasc. précit.* n° 112.

⁷⁸ R. NOGUELLOU, *art. précit.*, pp. 966 s., Introduction ; Partie II, sous-partie B.

⁷⁹ R. NOGUELLOU, *art. précit.*, pp. 966 s., Introduction ; Partie II, sous-partie B.

⁸⁰ C. JAMIN – M. BILLAU, *art. précit.*, pp. 588 s. n° 9.

Après avoir bien délimité le rôle et la place du consentement du cédé dans la cession conventionnelle de contrat, du point de vue du droit civil mauricien, il faudrait désormais se pencher sur la question de la forme de cette opération conventionnelle.

B. Forme de la cession conventionnelle de contrat

Une forme ad solemnitatem justifiée de la cession de contrat. En France, l'article 1216 alinéa 3 du Code civil français⁸¹ exige une forme écrite *ad solemnitatem* indispensable pour la validité de la cession de contrat conventionnelle⁸². Une telle exigence peut se comprendre assez aisément, eu égard au fait que les contrats faisant l'objet de la cession (contrat de franchise, contrat de concession exclusive, par exemple) sont souvent des contrats complexes, dont la valeur se chiffre par millions de roupies. Il devient donc très important d'attirer l'attention du cessionnaire sur l'ampleur de l'engagement qu'il est en train de prendre, en l'obligeant à recourir à un écrit sous seing privé ou à un recours authentique *ad validitatem*. De plus, la forme *ad solemnitatem* de la cession conventionnelle de contrat oblige les parties à prévoir un maximum de règles dans le contrat sur le régime juridique de leur cession⁸³. Toutefois, comme la législation mauricienne actuelle ne contient pas de règle analogue, la forme du contrat de cession relèvera du droit commun : le principe de consensualisme sera de mise, aucune forme n'est actuellement prévue pour la validité de cette opération⁸⁴. Eu égard aux développements qui précèdent, il y a fort à parier que les parties au contrat de cession (le franchisé initial et un tiers intéressé à prendre sa place contractuelle, par exemple) concluent le contrat de cession par écrit, d'autant plus que l'article 1341 du Code civil mauricien impose une forme *ad probationem* (un acte authentique ou un acte sous seing privé) pour tous les contrats dont la valeur est de 5 000 roupies ou plus.

Après avoir achevé l'étude des conditions de validité de la cession conventionnelle en droit civil mauricien, il convient d'en analyser les effets.

⁸¹ Sur l'absence d'application de cet article voir : CA Rennes, 14 nov. 2019, n° 16/07027.

⁸² F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, pp. 1740-1741, n° 1668 ; Y. BUFFELAN-LANORE – V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op. cit.*, pp. 587-588, n° 1794-1795.

⁸³ P. MALAURIE – L. AYNES – P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 480, n° 517, p. 481, n° 519.

⁸⁴ À propos de la liberté de forme de la cession de parts sociales, voir *Mauritius Commercial Bank Ltd vs. Sibartie Fils et Compagnie & Sibartie* 1986 MR 103.

II. Effets de la cession conventionnelle de contrat

Pour ce qui est des effets de la cession conventionnelle de contrat, l'on peut constater qu'elle produit des effets importants sur le rapport d'obligation issu du contrat cédé (A), mais aussi sur les sûretés dont est assorti le contrat cédé (B).

A. Effets relatifs au rapport d'obligation issu du contrat cédé

Effets dans une cession de contrat parfaite. La cession conventionnelle de contrat produit *a priori* ses effets pour le futur ; elle ne rétroagit pas. Ainsi, le cessionnaire devient partie au contrat cédé au moment de la cession, et le sera pour l'avenir ; le cédant le reste pour la période avant ce moment⁸⁵.

Il convient de rappeler qu'à notre avis il n'y a aucun obstacle à ce que la cession *parfaite*, et la cession *imparfaite* fassent partie du droit civil mauricien, en dépit d'une lacune juridique qui les affecte actuellement.

Dans une cession de contrat parfaite, le cédant est *a priori* libéré de ses obligations du contrat cédé à partir du moment de la cession⁸⁶. Ainsi, le cessionnaire reste, en principe, étranger aux droits et aux obligations nés antérieurement à la cession, sous réserve de dispositions légales ou de stipulations contraires⁸⁷. En d'autres termes, il est loisible aux parties à la cession et au co-contractant cédé, au moyen d'une clause contractuelle, de libérer rétroactivement le cédant de toutes les obligations générées par le contrat cédé. Il faut noter que l'étendue de la libération du cédant produira, bien évidemment, des conséquences sur la garantie fournie par un tiers. En principe, comme nous le verrons par la suite, la garantie fournie par un tiers s'éteint en cas de cession parfaite (sauf si le tiers consent explicitement à la survie de cette garantie). Néanmoins, et faute d'une clause qui libérerait le cédant des obligations antérieures à la cession⁸⁸, l'extinction de la garantie fournie par le tiers, ne concernera que les dettes du cessionnaire et pas celles du cédant, antérieures à la cession conventionnelle. L'obligation de paiement du cédant survit *a priori* à la cession : les dettes du cédant, antérieures à la cession et non encore réglées au moment de la cession, seront, en principe, toujours garanties par la garantie fournie par un tiers, éteinte au moment de la cession⁸⁹.

⁸⁵ G. PILLET, *art. précit.*, pp. 392 s., Partie I, sous-partie B, 2°.

⁸⁶ « Cette règle est purement politique et n'est pas inhérente à la cession de contrat » (P. MALAURIE – L. AYNES – P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 483, n° 521).

⁸⁷ J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s. n° 18.

⁸⁸ Comp. avec P. MALAURIE – L. AYNES – P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 484, n° 522.

⁸⁹ C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 44 – Ainsi, en droit français, en cas de cession conventionnelle du bail par le locataire, « le cédant se trouve totalement libéré de ses obligations personnelles résultant du bail, lorsque celui-ci ne comporte aucune clause de

La liberté contractuelle étant de mise dans ce domaine, comme d'ailleurs dans tout le droit mauricien des contrats, il peut être stipulé dans le contrat de cession conventionnelle que le cessionnaire répondra non seulement des dettes postérieures à la cession de contrat mais aussi des dettes antérieures à cette cession parfaite, alors que le cédant en sera déchargé. Sans surprise, un tel aménagement de la dette du cédant aura un effet bien plus radical sur le sort de la garantie consentie par le tiers : la garantie ne pourra survivre, pour ce qui est des dettes antérieures à la cession, qu'avec le consentement de ce tiers⁹⁰.

Effets dans une cession de contrat imparfaite. La cession de contrat imparfaite est très favorable au contractant cédé, car il aura face à lui, même après la cession de contrat, deux débiteurs, le cédant et le cessionnaire⁹¹. En d'autres termes, la cession imparfaite du contrat ne libère pas le cédant pour l'avenir, et il restera tenu des obligations contractuelles issues du contrat cédé, même après la cession de contrat.

L'une des questions centrales qui se pose dans le cadre de la cession imparfaite de contrat est celle de savoir si, en cas de défaillance du cessionnaire, le cédant qui n'a pas été libéré répond de la dette comme débiteur principal ou subsidiaire⁹². Certains auteurs sont d'avis que dans ce type de cession, le cédant reste le débiteur après la cession en tant que garant, débiteur subsidiaire⁹³. Dans une cession imparfaite de contrat, le cédant resterait donc tenu comme garant, et certains disent comme caution⁹⁴. Il est intéressant de noter que selon l'article 1216-1 du Code civil français, le cédant devient le co-débiteur solidaire du cédé.

Au jour où les juridictions mauriciennes seraient mises face à la question de la garantie due par le cédant après une cession imparfaite de contrat, nous sommes d'avis que, pour ce qui est du droit mauricien, le cédant devrait rester

*solidarité. Il se trouve libéré des loyers postérieurs à la cession, de l'indemnité d'occupation (Cass. 3^{ème}, 6 mars 1996, n° 93-16.540), ainsi que des réparations locatives (Cass. 3^{ème}, 12 avr. 1995, n° 92-21.541(...)) JCP G 1995, IV, 1440 ; Bull. civ. 1995, III, n° 107). Les loyers antérieurs à la cession sont, sauf clause contraire, dus par le cédant » (C. QUEMENT, *Fasc. précit.* n° 113).*

⁹⁰ C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 44.

⁹¹ S. BOUSSOURUN, *art. précit.*, pp. 4 s., Partie II, sous-partie A.

⁹² S. BOUSSOURUN, *art. précit.*, pp. 4 s., Partie II, chapeau.

⁹³ G. PILLET, *art. précit.*, pp. 392 s., Partie II, sous-partie B, 1°.

⁹⁴ S. BOUSSOURUN, *art. précit.*, pp. 4 s., Partie II, sous-partie A – Néanmoins, la clause de solidarité pesant sur le commerçant qui a cédé son bail commercial n'est pas analysée comme un cautionnement (L. ROZES, « La clause garantissant le paiement des loyers par le preneur en cas de cession de bail commercial ne s'analyse pas en un cautionnement », *Recueil Dalloz*, 1990, p. 253).

engagé par les dettes générées par le contrat en tant que *garant solidaire*⁹⁵, sauf si une clause du contrat de cession, accepté par le cédé prévoit que le cédant sera le garant subsidiaire. Dans ce dernier cas, le créancier, le cédé, ne pourra s'adresser au cédant avant d'avoir essayé de recouvrer sa créance contre le cessionnaire. En d'autres termes, comme dans un cautionnement simple, le cédant pourra opposer au cédé le bénéfice de discussion et l'obliger à saisir d'abord les biens du cessionnaire⁹⁶. En revanche, faute de clause contractuelle, la garantie due par le cédant sera, nous l'avons vu, solidaire, et le cédé pourra choisir, en fonction de la solvabilité, le défendeur contre lequel il agira en justice, le cessionnaire ou le cédant. Le cédant, garant solidaire, ne pourra pas obliger le cédé à saisir d'abord les biens du cessionnaire⁹⁷. Même si certains auteurs qualifient ce type de garantie de cautionnement, il est possible de noter quelques différences remarquables entre ces deux mécanismes. Ainsi, même s'il est vrai que, de même que dans un cautionnement indéfini⁹⁸, le cédant répondra de l'intégralité de la dette (le principal et les accessoires) que le cessionnaire n'a pas payée, il est difficile d'affirmer que le cédant a clairement manifesté son intention de se porter garant⁹⁹. Son statut de garant résulte davantage du fait que les intérêts du créancier (cédé) ne doivent pas être diminués (par une éventuelle perte de sécurité, liée à la moindre solvabilité du cessionnaire) en raison de la nature imparfaite de la cession de de contrat. D'ailleurs, il y a fort à parier que le cédé ne donnerait pas son consentement à la cession imparfaite si le cédant n'est pas tenu, en tant que garant, des obligations issues du contrat cédé. C'est d'ailleurs pour cette même raison que nous pensons que les juridictions mauriciennes doivent prendre comme modèle de base *le caractère solidaire* de la garantie du cédant. Cette solidarité augmentera davantage les chances que le cédé accepte la cession de contrat¹⁰⁰.

Quoi qu'il en soit, que la garantie soit solidaire ou subsidiaire, le cédant est *un co-débiteur non intéressé* et, au final, le poids définitif de la dette pèsera sur le cessionnaire¹⁰¹. En d'autres termes, dans la cession de contrat imparfaite le cédant est tenu à l'obligation de paiement, mais ne contribue pas à la dette. L'intégralité

⁹⁵ Sur la solidarité passive en tant que garantie : D. PORACCHIA, F. RIZZO, J.-D. PELLIER, « Garanties intrinsèques au régime des obligations », Fasc. 780, *Jurisclasseur Banque – Crédit – Bourse*, sept. 2017, nn° 45 à 48.

⁹⁶ Comp. avec l'art. 2021 s. C. civ. maur.

⁹⁷ D. PORACCHIA, F. RIZZO, J.-D. PELLIER, *Fasc. précit.* n° 45 ; Cass. soc., 29 oct. 1957 : Bull. civ. IV, n° 1030.

⁹⁸ Voir l'art. 2016 C. civ. maur.

⁹⁹ En revanche, pour ce qui est du cautionnement, l'art. 2015 du C. civ. maur. exige un consentement de la caution clairement manifesté.

¹⁰⁰ Comp. avec : Cass. 1^{ère} civ. 20 avr. 1959, Bull. civ. 1959, I, n° 200 ; Cass. 3^{ème}, 19 mai 1971, Bull. civ. 1971, III, n° 324 ; C. QUEMENT, *Fasc. précit.* n° 59 – En sens contraire : Cass. 3^{ème}, 12 juill. 1988, Bull. civ. 1988, III, n° 125 ; Cass. 3^{ème}, 15 janv. 1992, *Rev. huissiers* 1992, p. 221.

¹⁰¹ C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 2.

de la dette cédée sera supportée en fin de compte par le cessionnaire, qui devra rembourser le cédant pour les paiements faits au cédé.

A notre avis, la cession de contrat imparfaite devrait être considérée à Maurice, par les juridictions civiles, comme le modèle de base, car elle protège convenablement les intérêts du cédé, en lui laissant, après la cession, deux débiteurs solidaires d'une même obligation, et parce qu'elle augmente les chances que le cédé donne son accord à la cession. En d'autres termes, la cession de contrat parfaite, ayant pour effet la libération du cédant, ne serait-ce que pour l'avenir, doit être clairement manifestée, elle ne se présume pas¹⁰².

Cessibilité des contrats *intuitu personae*. La question peut se poser de savoir si les contrats *intuitu personae*, où les compétences d'une personne spécifique deviennent un élément essentiel du contrat, peuvent faire l'objet de la cession en droit civil mauricien. D'aucuns pensent que de tels contrats sont incessibles, car le créancier a fait confiance à son débiteur initial en raison de ses qualités personnelles¹⁰³. Toutefois, il nous semble qu'aucun argument sérieux s'oppose à ce que le cédé accepte une telle cession, dans le cas où il serait d'avis que les compétences du cessionnaire répondront à ses besoins¹⁰⁴. En revanche, et comme nous l'avons déjà affirmé, il sera difficile de reprocher au cédé un abus, dans le cas où il ne souhaiterait pas donner son consentement à la cession. En somme, avec le consentement du cédé (créancier), les contrats *intuitu personae* sont cessibles¹⁰⁵.

Exceptions opposables au cédé par le cessionnaire. Etant donné que le cessionnaire acquiert le statut du contractant dans le contrat cédé, il peut, en principe, opposer au cédé toutes les exceptions que le cédant pouvait lui opposer et *vice versa*, le cédé peut opposer au cessionnaire tous les exceptions qu'il avait envers le cédant¹⁰⁶. Par exemple, le cessionnaire pourra éteindre le rapport d'obligation (le droit de demander la résiliation d'un contrat à durée indéterminée, par exemple), le faire disparaître (le droit d'agir en nullité du contrat ou en

¹⁰² En sens contraire : L. ANDREU, Fasc. précit. n° 119 : « *Il faut admettre que la cession de contrat entraîne la libération du cédant. On peut en effet difficilement concevoir que le contrat, qui a été transmis au cessionnaire, lie néanmoins toujours le cédant, sans qu'un texte ou une stipulation ne prévoit la solidarité du cédant* ».

¹⁰³ J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s. par n° 12.

¹⁰⁴ Comp. avec un exemple quelque peu extrême : D. MAZEAUD, *art. précit.*, p. 115.

¹⁰⁵ J.-L. AUBERT, *art. précit.*, p. 811 s. par n° 12 ; F. TERRE – P. SIMLER – Y. LEQUETTE – F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 1743, n° 1671.

¹⁰⁶ S. BOUSSOURUN, *art. précit.*, pp. 4 s., Partie II, sous-partie B. Un auteur parle des « *exceptions inhérentes à la procédure de formation du contrat qui a été réalisée entre le cédant et le cédé* » (C. LACHIEZE, *art. précit.*, pp. 184 s. nn° 7 s.).

résolution pour inexécution, par exemple) ou encore le modifier (le droit d'option, par exemple)¹⁰⁷.

Toutefois, le cessionnaire ne pourra pas opposer au cédant les exceptions purement personnelles du cédant¹⁰⁸, notamment celles tenant à l'incapacité de ce dernier ou à sa qualité de consommateur¹⁰⁹. Autrement dit, le principe d'opposabilité des exceptions après la cession de contrat, « ne concerne que les exceptions inhérentes au contrat » cédé¹¹⁰, « c'est-à-dire les exceptions qui se fondent sur un vice affectant le contrat lui-même (...). Au contraire, les exceptions qui n'affectent pas le contrat mais sont attachées à la personne du cédant ne sont pas concernées par ce principe puisqu'elles ne peuvent être transmises avec le contrat »¹¹¹.

Finalement, la cession conventionnelle de contrat produit des effets à l'égard des sûretés dont est assorti le contrat cédé.

B. Effets relatifs aux sûretés assortissant le contrat cédé

Sort des sûretés. Une série des questions particulièrement intéressantes du point de vue du droit civil mauricien concerne le sort des sûretés accompagnant le contrat cédé. Il nous semble qu'en droit civil mauricien la première distinction à faire à propos des sûretés rattachées au contrat faisant l'objet d'une cession conventionnelle est celle issue du bénéficiaire de la sûreté. En effet, il se peut que la sûreté ait été consentie non seulement au profit du contractant cédé mais aussi au profit du cédant¹¹². En outre, la sûreté aurait pu être consentie par le cédé ou le cédant, mais aussi par un tiers. Finalement, la nature parfaite ou imparfaite de la cession n'est pas négligeable pour ce qui est du sort de telle ou telle sûreté accompagnant le contrat cédé.

Dans une cession de contrat imparfaite, les sûretés consenties au profit du cédé doivent automatiquement subsister. Il importe peu si la sûreté a été consentie par le cédant, le co-contractant initial du cédé ou par un tiers. Ainsi, une sûreté réelle, c'est-à-dire une charge flottante ou une charge fixe ou une hypothèque ou un gage, consenti par le cédant survivra à la cession conventionnelle de la sûreté. Il en va également ainsi des sûretés réelles consenties par un tiers ou d'un

¹⁰⁷ L. TRANCHANT – V. EGEA, *op. cit.*, p. 77 ; Y. BUFFELAN-LANORE – V. LARRIBAUTERNEYRE, *op. cit.*, p. 588, n° 1799 ; S. BOUSSOURUN, *art. précit.*, pp. 4 s., Partie II, sous-partie B.

¹⁰⁸ S. BOUSSOURUN, *art. précit.*, pp. 4 s., Partie II, sous-partie B.

¹⁰⁹ Cass. 1^{ère} 11 déc. 2019, note R. LIBCHABER, *Revue des contrats*, n° 2/2020, p. 42.

¹¹⁰ Sur les difficultés liées à cette notion voir Cass. com. 13 oct. 2015, note C. PELLETIER, *Revue des contrats*, n° 2/2016, p. 286.

¹¹¹ C. LACHIEZE, *art. précit.*, pp. 184 s. nn° 10 s.

¹¹² C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 4.

cautionnement donné par un tel tiers. La solution se conçoit facilement étant donné que l'obligation initialement garantie, celle du cédant, n'est pas éteinte¹¹³. Toute sûreté en droit civil mauricien est donc accessoire du contrat cédé. Comme l'obligation du cédant, issue du contrat cédé, et assortie d'une sûreté survit à la cession, il est naturel que son accessoire, la sûreté en question y survit elle aussi. D'un point de vue davantage pratique, la solution exposée plus haut vise à rassurer le contractant cédé et à l'inciter à donner son accord à la cession¹¹⁴. Si en cas de cession imparfaite la sûreté assortissant le contrat et garantissant les obligations du cédant issues du contrat cédé cessait de produire des effets juridiques, il y a fort à parier que le cédé n'aurait pas donné son accord à l'opération et il serait très difficile de considérer son refus comme abusif.

À propos des sûretés réelles, établies pour garantir l'exécution des obligations du cédant, comme celles-ci ont nécessairement un caractère subsidiaire, leur mise en œuvre suppose qu'il y ait une défaillance dans l'exécution de l'obligation garantie. Et en cas de cession de contrat imparfaite, la défaillance dans l'exécution de l'obligation, permettant de mettre en œuvre une telle sûreté (une sûreté fixe, une sûreté flottante, etc.) doit être constatée tant à propos du cessionnaire qu'à l'égard du cédant¹¹⁵.

Lorsque, dans une cession de contrat imparfaite la sûreté a été consentie par un tiers, elle sera maintenue pour des raisons évoquées plus haut¹¹⁶. De plus, la sûreté réelle (une hypothèque ou une sûreté fixe, par exemple) consentie par un tiers étant subsidiaire, il faudra constater la défaillance tant du cédant que du cessionnaire avant de pouvoir la mettre en œuvre. En revanche, la situation paraît plus complexe en cas d'un cautionnement consenti par un tiers au profit du cédé, et pour garantir l'obligation du cédant. Le cautionnement en question peut, tout d'abord être simple. Sa mise en œuvre nécessitera ainsi de constater d'abord la défaillance du cessionnaire mais aussi du cédant qui reste tenu de l'obligation cédée, en principe solidairement, sauf si le cédé accepte que le cédant devienne son débiteur (garant subsidiaire). En outre, le créancier, le cédé, ne pourra pas, en principe, obtenir l'exécution forcée contre la caution avant d'avoir discuté les biens du cédant, dont la dette est garantie par le cautionnement simple. Lorsque le cautionnement consenti par un tiers au profit du cédant était solidaire, rien ne s'oppose à ce que le créancier cédé agisse directement contre la caution et lui demande le règlement de toute la dette (y compris les accessoires, si le cautionnement est indéfini) à condition d'avoir constaté d'abord la défaillance du cessionnaire et du cédant.

¹¹³ C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 8.

¹¹⁴ C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 8.

¹¹⁵ C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 22.

¹¹⁶ C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 28.

Par ailleurs, les sûretés initialement consenties au profit du cédant, soit par le cédé, soit par un tiers, seront automatiquement transmises au cessionnaire dans une cession imparfaite. Il s'agit de la conséquence logique du principe de l'accessoire de la sûreté. Pour ce qui est des sûretés réelles (hypothèque, sûreté fixe, etc.), celles-ci étant subsidiaires, elles seront mises en œuvre en cas de défaillance du débiteur (le cédé). Pour ce qui est du cautionnement consenti par le tiers, tout dépendra, d'après le modèle exposé plus haut, de la nature simple (auquel cas la caution peut opposer au cessionnaire le bénéfice de discussion et l'obliger à saisir d'abord les biens du cédé) ou solidaire (auquel cas la caution ne peut opposer au cessionnaire le bénéfice de discussion et l'obliger à saisir d'abord les biens du cédé).

Dans une cession de contrat parfaite, les sûretés consenties au profit du cédant survivront automatiquement à la cession, de même que dans la cession imparfaite et avec les mêmes conséquences qui y sont attachées : il n'est point nécessaire que le cédé ou le tiers qui y aurait consenti redonne à nouveau son consentement au moment de la cession conventionnelle. Une fois de plus, ces sûretés, réelles ou personnelles, seront transmises au profit du cessionnaire comme accessoire à la créance¹¹⁷.

La question du sort des sûretés lors d'une cession parfaite, qui libère le cédant pour l'avenir, sera beaucoup plus intéressante à propos des sûretés consenties au profit du cédé. D'emblée, il faut faire une distinction. Si c'est le cédant qui a initialement consenti une sûreté réelle, afin de garantir ces obligations issues du contrat cédé, la doctrine semble être divisée entre leur disparition de principe et leur maintien automatique¹¹⁸. Pour ce qui est du droit mauricien, si les juridictions de notre pays sont amenées à statuer sur la question posée, il nous semble préférable de maintenir automatiquement de telles sûretés. Le rapport initial d'obligation demeure inchangé, et sauf si les parties ont exprimé clairement une volonté contraire, la sûreté consentie par le cédant devrait survivre¹¹⁹. D'ailleurs, d'un point de vue pratique, le principe de survie de la sûreté consentie par le cédant au profit du cédé favorisera la possibilité que le cédé donne son consentement à l'opération qui est la cession de contrat ni à la libération du cédant¹²⁰. Dans le cas contraire, celui où la sûreté consentie par le cédant s'éteindrait automatiquement, il serait difficile de reprocher au cédé d'avoir refusé son consentement à l'opération. Il est important de noter qu'ici aussi, comme dans la cession imparfaite, la sûreté réelle consentie par le cédant a le caractère subsidiaire, et ne pourra être mise en œuvre qu'après la défaillance avérée du

¹¹⁷ C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 4.

¹¹⁸ C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 9.

¹¹⁹ C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 10.

¹²⁰ C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 10.

débiteur principal (cessionnaire)¹²¹. En revanche, le cédant ayant fourni une sûreté réelle au profit du cédé ne saurait se prévaloir du bénéfice de discussion.

Finalement, pour ce qui est des sûretés réelles ou personnelles (cautionnement) consenties par un tiers au profit du cédé, le changement du contractant suite à une cession conventionnelle de contrat parfaite influera fort sur le sort de cette sûreté : elle cessera en principe de produire ses effets (ne garantira pas les obligations du cessionnaire), sauf si ce tiers donne son accord que la sûreté continue de produire ses effets après la cession. Dans ce cas, les obligations du cessionnaire issues du contrat cédé seront couvertes par la sûreté mentionnée plus haut. Ensuite, pour ce qui est des sûretés consenties par le tiers qui survivent à la cession parfaite de contrat grâce au consentement de ce tiers, deux interprétations sont possibles en ce qui concerne l'accord du tiers garant : soit l'on considère que l'accord du tiers permet de ranimer la sûreté éteinte au moment de la cession parfaite, et en créer une nouvelle, soit l'on peut penser que cet accord empêche la sûreté existante de s'éteindre. A note avis, c'est plutôt la seconde interprétation qu'il faut privilégier, car il est difficile de défendre que l'accord du tiers, en tant qu'acte juridique unilatéral puisse créer une nouvelle sûreté. Toutefois, pour qu'il en soit ainsi, il faut que l'accord en question intervienne au plus tard au moment de la libération du cédant¹²². La solution esquissée plus haut n'est pas sans conséquences concrètes. Ainsi, les conditions de validité ou d'efficacité de la sûreté n'ont pas à être appréciées à nouveau, lors de la libération du cédant (au moment de la cession parfaite de contrat). Concrètement, une sûreté sans dépossession telle que l'hypothèque, la sûreté fixe ou flottante ou le gage sans déplacement conservera son rang initial, celui obtenu d'après l'inscription suivant la conclusion du contrat de sûreté entre le tiers et le cédé. Le tiers-caution, quant à lui échappera à la rédaction d'une nouvelle mention manuscrite de l'article 1326 de notre Code civil. Ici aussi, le caractère subsidiaire de l'engagement du garant sera de mise¹²³ pour ce qui est des sûretés réelles (hypothèque, gage, sûreté fixe, etc.). En d'autres termes, la mise en œuvre de la sûreté réelle ayant survécu à la cession parfaite de contrat avec l'accord du tiers qui y avait consenti, sous-entend la défaillance du nouveau débiteur, c'est-à-dire du cessionnaire. En revanche, pour ce qui est du cautionnement qui survit à la cession parfaite, il faut noter que tout dépendra de la nature de ce cautionnement. S'il est simple, la caution essaiera d'éviter la mise en œuvre de sa garantie en invoquant le bénéfice de discussion, et elle pourra être directement appelée à payer l'obligation du cessionnaire défaillant, lorsque le cautionnement est solidaire.

¹²¹ C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 23.

¹²² C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 31.

¹²³ C. JUILLET, *art. précit.*, pp. 382 s. n° 35.