



**HAL**  
open science

## Penser la fonction sociale du transfert d'obligation

Clotilde Aubry de Maromont

► **To cite this version:**

Clotilde Aubry de Maromont. Penser la fonction sociale du transfert d'obligation. Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, 2020, 182, pp.817-831. hal-03323164

**HAL Id: hal-03323164**

**<https://hal.science/hal-03323164v1>**

Submitted on 20 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.

# Penser la fonction sociale du transfert d'obligation

Clotilde Aubry de Maromont,  
Maître de conférences à l'Université de La Réunion

## Résumé :

*La démarche doctrinale, qui s'est imposée comme méthode de recherche dominante dans le champ juridique, est insuffisante pour comprendre et analyser le droit positif. L'étude des trajectoires respectives de la cession de créance et de la cession de dette démontre qu'il est fondamental d'étudier les règles de droit dans leur contexte historique, politique et social pour les comprendre, y compris dans leur dimension la plus technique. C'est l'approche à laquelle invite la démarche des sciences sociales qui permet de penser la fonction sociale des règles de droit pour chercher à comprendre le droit en contexte et par-delà les concepts.*

*Doctrine ; sciences sociales ; contexte ; histoire sociale des idées ; cession de créance ; cession de dette*

*The doctrinal approach, which emerges as the dominant research method in the legal field, is unsatisfactory to understand and analyse the positive law. The two historical studies of the assignment of claim and the assignment of debt demonstrate that it is essential to analyse the rules of law in their historical, political, and social contexts even if the norms are technical a priori. The approach in the social sciences stresses the social function of the rules of law in order to try to understand the law in its context and beyond the concepts.*

*Doctrinal approach ; social sciences ; contexts ; intellectual social history ; assignment of claim ; assignment of debt*

La consécration de la cession de dette par la réforme du 10 février 2016, emporte avec elle son lot d'interrogations. Pourquoi consacrer un tel mécanisme alors que la novation par changement de débiteur et la délégation permettent, peu ou prou, de réaliser exactement la même opération<sup>1</sup> ? La perplexité est, en outre, de mise devant cette « cession » qui n'en est pas vraiment une. Lorsqu'une cession intervient, une opération translatrice de droits est supposée se réaliser car une personne succède à une autre. Tel est le cas dans le cadre de la cession de créance où le créancier originaire peut valablement céder sa créance, sans accord du débiteur, au profit du créancier cessionnaire. Le débiteur cédé est donc tenu à l'égard d'un

---

<sup>1</sup> « La cession de dette ne fait que dupliquer à quelques détails près la novation par changement de débiteur et la délégation qui sont des opérations créatrices de droits et non des opérations translatives. » : M. Julienne, « La cession de dette : une théorie inachevée », *Droit et patrimoine*, n°260, 1<sup>er</sup> juillet 2016, p. 56-62. V. également : J. François, « Les opérations sur la dette », *RDC*, 2016, n° hors série, p. 45 ; A. Hontebeyrie, « Banc d'essai pour la reprise de dette », *RDC*, 2018, n°2, p. 314.

nouveau créancier. Dans le cadre de la « cession » de dette, le nouvel article 1327-2 du Code civil prévoit que le débiteur originaire n'est pas libéré. Il n'y a pas substitution – et donc pas succession – de débiteurs mais adjonction de débiteurs, comme dans le cadre de la solidarité passive<sup>2</sup>. En somme, l'opération est créatrice de droits, à l'image de la novation et de la délégation, et non pas translatrice de droits, à l'image de la cession de créance. Contrairement à la révolution annoncée, la cession de dette ne semble ainsi pas vraiment avoir bouleversé les cadres existants<sup>3</sup>.

Les insuffisances théoriques sont pointées du doigt pour expliquer les failles du régime attaché à la cession de dette dans la loi<sup>4</sup>. Il devrait alors être possible de gommer les aspérités remarquées en repensant la théorie. Cette démarche à laquelle nous invite l'approche doctrinale classique de rationalisation et de transformation du droit positif nous paraît prématurée. Elle occulte en effet une dimension préliminaire essentielle : celle de la connaissance et de la compréhension des règles qui composent notre droit positif. Avant de chercher à transformer une règle de droit, il nous paraît toujours plus heuristique pour la science, comme pour la pratique, de comprendre les raisons qui ont conduit à la consacrer. Autrement dit, il nous paraît essentiel de cerner la fonction sociale d'une règle de droit, sa *ratio legis* : littéralement, la raison d'être de la loi. Nous défendons l'idée, dans cet article, que les faiblesses attachées au régime juridique d'une institution tiennent parfois plus volontiers à une déconnexion de la règle par rapport à son milieu social qu'à une insuffisance théorique. Dans cette perspective, il convient de rappeler que l'intérêt d'une règle juridique est d'apporter, au moyen de la technique juridique, une réponse à un besoin pratique pour « *seconder* » le social<sup>5</sup>. La règle de droit se surajoute toujours à une réalité sociale déjà présente qu'elle vient encadrer. On dit alors qu'elle « *redouble* » le social, c'est-à-dire qu'elle le duplique par un processus de superposition, autrement appelé « *double institutionnalisation* »<sup>6</sup>. Une règle de droit ne doit pas être pensée pour répondre à des

---

<sup>2</sup> « On s'interroge sur l'opportunité et l'intérêt d'y recourir. En effet, les régimes de cession de dette et de la solidarité passive étant identiques, tout se passe comme si la cession de dette n'était qu'une façon alambiquée de présenter un mécanisme bien connu » : F. Rouvière, *Répertoire civil Dalloz*, v. Cession de dette, 2018, n°1.

<sup>3</sup> « La consécration de la cession de dette est ainsi beaucoup moins révolutionnaire qu'il n'y paraît » : M. Julienne, *op. cit.*

<sup>4</sup> « L'on peut se demander si les imperfections du régime de la cession de dette ne sont pas dues aux insuffisances de la théorie qui lui est sous-jacente », M. Julienne, *op. cit.*

<sup>5</sup> V. F. Ost, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2016, p. 123.

<sup>6</sup> Le droit constitue une institution au second degré qui intervient pour « *seconder le social* » : F. Ost, *op. cit. loc. cit.* L'auteur s'inspire de la pensée des anthropologues sur la double institutionnalisation (P. Bohannan, « The differing realms of the law », in *American Anthropologist*, vol. 67, décembre 1965, p. 33-42). Il se réfère ainsi à C. Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société*, Paris, Seuil, 1975, p. 174 : « Cette institution au second degré qu'est le droit ».

aspirations doctrinales, mais doit en principe toujours trouver une véritable résonance dans la réalité sociale. Un paradoxe et une interrogation apparaissent alors : premièrement, la cession de dette a-t-elle bien été motivée pour répondre à un besoin socio-économique de « céder sa dette » ? Deuxièmement, est-elle vraiment le pendant négatif de la cession de créance, consacrée plus de deux siècles plus tôt avec pour fonction sociale de libéraliser l'économie ?

Pour y répondre, il convient de prendre de la distance par rapport à la règle étudiée, c'est-à-dire de délaissier la démarche doctrinale – qui étudie le droit « du dedans » – au profit d'une démarche scientifique – qui étudie le droit « du dehors »<sup>7</sup>. La démarche scientifique, qui s'inscrit pleinement dans le champ et les méthodes des sciences sociales, cherche à décrire le droit positif pour le comprendre dans son environnement social<sup>8</sup>. Elle mène à étudier le droit tel qu'il est, à partir de cas d'étude précis, dans le but d'éclairer le fonctionnement du droit positif. Elle se distingue de la démarche doctrinale qui cherche à rationaliser et à prescrire de nouvelles solutions juridiques, autrement dit, à penser le droit tel qu'il doit être avec pour finalité de la transformer<sup>9</sup>. Il s'agit en somme, dans cet article, de se placer en position d'extériorité par rapport au droit, en observateur, sans chercher à l'influencer. La démarche conduit finalement à s'éloigner du courant dominant de la recherche en droit, qui se caractérise par son pragmatisme – conduisant à agir sur la réalité étudiée – et par son normativisme – menant à proposer de nouvelles normes à appliquer<sup>10</sup>.

Si l'approche scientifique tient une place relativement marginale dans le champ juridique, *a fortiori* en droit privé, elle se révèle utile dès lors que l'on s'interroge sur la nécessité ou l'utilité d'une règle de droit. En effet, les lois doivent être tirées de l'expérience et non des concepts pour trouver une correspondance dans la réalité sociale<sup>11</sup>. L'expertise que permettent d'apporter les sciences sociales est éclairante et stimulante dans la mesure où elle mène à replacer les règles attachées au transfert d'obligation dans leur contexte. L'approche conduit à se défaire du regard conceptualiste doctrinal qui, certes, est utile pour systématiser

---

<sup>7</sup> Sur ces deux démarches à la fois différentes et complémentaires, v. J. Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique », *Dr. et société*, n° 50, 2002, p. 113.

<sup>8</sup> La sociologie juridique se revendique de cette démarche en ce qu'elle vise à découvrir les causes sociales des règles de droit avant d'appréhender les effets sociaux qu'elles produisent : J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, coll. Quadrige, 2<sup>e</sup> éd., 2008, p. 16.

<sup>9</sup> V. J. Chevallier, *op. cit.* spéc. p. 106.

<sup>10</sup> V. J. Chevallier, *op. cit.* spéc. p. 110.

<sup>11</sup> V. notamment F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Préf. R. Saleilles, T. 1, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1954, n° 60, p. 124-125 : l'auteur est connu pour sa critique du conceptualisme juridique. Il dénonce la tendance à privilégier l'esprit de logique, la systématisation et l'abstraction sur l'analyse du réel.

le droit positif et le transformer, mais est insuffisant pour expliquer le droit dans son environnement. Le conceptualisme doctrinal peut même parfois se révéler sclérosant, car il expose au risque de masquer le contexte derrière les concepts.

L'on connaît bien cette tendance du droit à être pensé en abstraction, par référence à des grands concepts, dans une perspective de systématisation générale et esthétique du droit positif. Le droit civil, et le droit des obligations tout particulièrement, est un droit d'origine doctrinale à la tendance conceptualiste marquée. Saleilles introduisait ainsi son « *Étude sur la théorie générale des obligations* » à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle en observant que : « *dans toute œuvre législative, la matière des obligations constitue une partie presque essentiellement théorique et abstraite (...) elle tend à présenter dans les législations modernes comme l'expression idéale de la logique juridique* »<sup>12</sup>. Les concepts élaborés en théorie empreignent le droit positif de sorte que les frontières entre le droit et la science du droit se révèlent poreuses, ce qui n'est pas sans poser des difficultés pour comprendre les règles qui composent notre droit des obligations aujourd'hui<sup>13</sup>. On observe, en effet, que certains concepts sont érigés au rang de cause des règles de droit de sorte que ce ne sont pas toujours des considérations pratiques ou d'opportunité qui sont au fondement de notre droit positif<sup>14</sup>. Une tendance contemporaine dans le domaine est alors à la déconstruction des concepts, parce que les dérives de cette démarche qui conduit à s'abstraire de la réalité pour penser le droit, s'en ressentent inévitablement<sup>15</sup>. Le régime des obligations qui vient d'être consacré dans la loi à l'occasion de la réforme du 10 février 2016 est le produit le plus achevé de cette tendance conceptualiste en ce qu'il conduit à systématiser des règles juridiques à partir de conceptions abstraites élaborées de l'obligation par la doctrine. Parce que l'obligation formerait un « lien » entre un débiteur et un créancier, ses contours et ses modalités sont encadrés de la naissance du lien à sa dissolution. Parce que l'obligation constituerait un « bien », sa transmission est envisagée par la dette et la créance qui lui sont symétriquement attachées<sup>16</sup>. Pour déterminer la fonction sociale d'une règle issue du régime des obligations, il convient donc d'étudier les règles par-delà les concepts.

---

<sup>12</sup> R. Saleilles, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 1925, rééd. La mémoire du droit, 2001, n°1, p. 1.

<sup>13</sup> E. Savaux, *Théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. J.-L. AUBERT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 264, 1997. V. également notre thèse : C. Aubry de Maromont, *Essai critique sur la théorie des obligations en droit privé*, Thèse, Nantes, 2015.

<sup>14</sup> P.-E. Audit, *La « naissance » des créances. Approche critique du conceptualisme juridique*, Préf. D. Mazeaud, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 141, Dalloz, 2015, v. notamment, n° 379, p. 272-273.

<sup>15</sup> V. notamment P.-E. Audit, *op. cit.* ; M. Tirel, *L'effet de plein droit*, Préf. D. R. Martin, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 178, Dalloz, 2018.

<sup>16</sup> Pour une étude sur le sujet, v. note thèse : C. Aubry de Maromont, *Op. cit.*

Pour ce faire, l'on se propose d'étudier le transfert d'obligations dans une approche historique en contexte. L'étude consistera à revenir sur les raisons qui ont conduit à reconnaître qu'une créance, puis qu'une dette, puissent être transmises. L'histoire en contexte, autrement appelée histoire sociale des idées<sup>17</sup>, est une méthode scientifique qui permet de comprendre le droit tel qu'il est aujourd'hui en observant comment il s'est construit. Le droit positif n'étant pas un « donné » mais un « construit » – c'est une construction sociale – il nous paraît hâtif de chercher à le comprendre, à le rationaliser et à le transformer sans étudier comment il s'est élaboré<sup>18</sup>. Alors que l'approche historique est traditionnellement relayée en périphérie du savoir juridique, nous défendons dans cet article qu'elle est incontournable pour comprendre le droit « du dedans ». Autrement dit, et c'est ce que nous souhaitons souligner, la démarche historique en contexte permet de comprendre le droit positif y compris dans sa dimension la plus technique.

La comparaison des trajectoires respectives de la cession de créance et de la cession de dette est éclairante pour comprendre le régime juridique différencié qui leur est attribué dans la loi aujourd'hui. Alors que la cession de créance a été imaginée au XVIII<sup>e</sup> pour adapter le droit à de nouvelles réalités socio-économiques, la cession de dette a été pensée au XX<sup>e</sup> siècle, puis consacrée dans la loi au XXI<sup>e</sup> siècle pour adapter le droit à de nouvelles aspirations doctrinales. L'histoire de la transmission des obligations révèle ainsi que la cession de créance a une fonction sociale (§1), là où la cession de dette a une fonction doctrinale (§2), ce qui explique les failles observées de son régime juridique.

## **§ 1. La fonction sociale de la cession de créance**

La cession de créance est née au XVIII<sup>e</sup> siècle dans un souci de libéralisation de l'économie. Elle résulte, en effet, de la mise en œuvre d'une véritable politique juridique orientée vers une idéologie : l'accroissement des richesses. La fiction juridique qu'elle institue, qui permet au créancier de disposer d'une richesse dont il n'a pas encore la

---

<sup>17</sup> L'histoire sociale des idées correspond à un projet de rénovation disciplinaire qui a émergé en science politique et qui consiste à ancrer l'histoire des idées dans les sciences sociales : A. Skornicki et J. Tournadre-Plancq, *La nouvelle histoire des idées politiques*, Paris, La Découverte, 2015 ; C. Gaboriaux et A. Skornicki, *Vers une histoire sociale des idées politiques*, éd. Presses Universitaires du Septentrion, coll. Espaces Politiques, 2017.

<sup>18</sup> V. en ce sens l'œuvre de Gény qui invite à considérer les données réelles, historiques et rationnelles de la fabrication des règles. V. notamment : F. Gény, *Science et technique*, T. 2, Paris, Sirey, 1927, n°166 et s., p. 371 et s.

possession matérielle, trouve alors une véritable résonance dans la réalité sociale. Le contexte socio-économique (A) justifie ainsi le concept de la cession de créance (B).

## A. Du contexte

La cession de créance a été imaginée à l'époque où émerge le libéralisme économique et politique, orienté vers l'accroissement des richesses. Alors que la situation d'attente de paiement dans laquelle se trouve un créancier à l'égard de son débiteur est normalement destinée à se dissoudre, on a imaginé qu'elle puisse constituer le cadre de l'exercice de libertés dans le but d'augmenter les échanges et de libéraliser l'économie. C'est ainsi qu'un individu, titulaire du simple droit d'être payé par son débiteur, va se retrouver investi d'une richesse figurant à l'actif de son patrimoine lui permettant de réaliser une « cession de créance ». Le développement de certains instruments juridiques correspond à l'époque où l'État a voulu accorder plus de libertés aux particuliers pour « *servir l'intérêt général par la multiplication des richesses qui allait en être la conséquence* »<sup>19</sup>. Ripert, dans son célèbre ouvrage sur les aspects juridiques du capitalisme moderne, observe ainsi que « *le capitalisme industriel et financier a créé une législation qui lui a permis d'affirmer sa puissance* »<sup>20</sup>. La cession de créance apparaît dans ce contexte, au XVIII<sup>e</sup> siècle lorsque le droit va pouvoir lui offrir une assise juridique. On va imaginer qu'un créancier, disposant d'une créance contre son débiteur, puisse la céder comme l'on pourrait céder un objet matériel et alors même que ce créancier n'en a pas la possession matérielle. La vie économique va mettre en marche la technique juridique<sup>21</sup>. Savatier nous dit à propos de cette période que « *Nulle part le droit n'est plus proche de l'économie* ».

La trajectoire de la cession de créance est intéressante dans la mesure où elle révèle de manière particulièrement notable que le droit est un instrument qui « redouble » le social<sup>22</sup>. En effet, la pratique économique de la transmission de la créance a précédé la consécration de

---

<sup>19</sup> P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, rééd. Dalloz, 2005, n° 3, p. 30.

<sup>20</sup> Ripert observe ainsi qu'« *on ne peut comprendre l'évolution de notre législation civile depuis un siècle et demi, si on ne tient pas compte de la forme de l'économie* ». Il ajoute que « *le capitalisme industriel et financier a créé une législation qui lui a permis d'affirmer sa puissance* » : G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1951, p. 6-7. V. également, R. Savatier, *La théorie des obligations en droit privé économique*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 1979, n° 1, p. 3 « *La technique économique diffère de la technique juridique mais est faite des mêmes matériaux, pour les mêmes hommes* ».

<sup>21</sup> « *Toute la vie économique se met donc en marche selon la technique juridique des créances et des obligations. C'est par cette technique que l'homme crée cette vie, et l'ordonne à ses besoins. Nulle part le droit n'est plus proche de l'économie* » : R. Savatier, *op. cit.*, n° 8, p. 11-12.

<sup>22</sup> F. Ost, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, *op. cit.* p. 123.

l'instrument juridique. On trouve les origines de la cession de créance dans le transport des titres négociables dans le commerce en Italie au XVI<sup>e</sup> siècle : pour éviter les transports d'argent, et parce que la monnaie métallique devient insuffisante pour faire circuler les biens, un titre va consacrer au profit de son porteur un droit au paiement d'une somme d'argent<sup>23</sup>. C'est la technique de l'endossement qui se généralise. Condamnée au départ, cette pratique sera consacrée pour les commodités du commerce sous l'influence du Chancelier d'Aguesseau<sup>24</sup>. L'escompte devient l'instrument du capitalisme commercial au XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>25</sup>. Le crédit se développe progressivement, à mesure où de nouveaux moyens sont trouvés pour faire circuler les capitaux<sup>26</sup>. Ces innovations retentissent sur le droit pour accorder la possibilité au créancier de disposer d'un titre portant sur une chose dont il n'a pas encore la possession matérielle<sup>27</sup>. C'est consécration de la cession de créance dans le Code civil de 1804 dans la partie relative à la vente.

La répercussion du libéralisme économique sur le droit est ici saisissante. L'économie capitaliste, pour s'installer, a dû modifier ce qui existait et créer ce qui n'existait pas<sup>28</sup>. C'est ainsi, pour multiplier les échanges en vue d'augmenter les richesses, que les juristes ont inventé la cession de créance. Le capitalisme « *a créé son droit* »<sup>29</sup> de sorte que le contexte socio-économique a fait évoluer les concepts juridiques.

## **B. Au concept**

Si le droit seconde le social, il n'en constitue pas la copie conforme : le droit « *le redouble sans en être pourtant le simple doublon, la réduplication passive sur un mode technique* »<sup>30</sup>. Le droit est créatif : il invente et institue ses propres objets<sup>31</sup>, ses propres

---

<sup>23</sup> V. J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986, p. 251.

<sup>24</sup> V. J. Hilaire, *op. cit.*, n° 171 et s., p. 276 et s.

<sup>25</sup> V. J. Hilaire, *op. cit.*, n° 176, p. 282.

<sup>26</sup> V. J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 2012, n° 98, p. 151.

<sup>27</sup> « *Toute la vie économique se met donc en marche selon la technique juridique des créances et des obligations. C'est par cette technique que l'homme crée cette vie, et l'ordonne à ses besoins. Nulle part le droit n'est plus proche de l'économie* » : R. Savatier, *op. cit.*, n° 8, p. 11-12.

<sup>28</sup> L'économie capitaliste « *s'est installée dans un monde qui avait déjà ses institutions et ses règles. Elle a dû, pour s'y installer, modifier ce qui existait et, pour triompher, créer ce qui n'existait pas. Elle a fondé un régime juridique* » : G. Ripert, *op. cit.*, n° 1, p. 10.

<sup>29</sup> G. Ripert, *op. cit.*, n° 4, p. 17.

<sup>30</sup> F. Ost, *op. cit.*, p. 130.

<sup>31</sup> E. Picard, « "Science du droit" ou "doctrine juridique" », in *L'unité du droit, Mélanges Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 119, spéc. p. 129 : « *Le droit invente et institue ses propres objets* ».

fictions<sup>32</sup>. Depuis l'époque romaine, le droit s'institue en détachement des forces politiques, sous forme d'un savoir et de rituels spécialisés. Le cas de la cession de créance est encore une fois très intéressant car il révèle comment le droit va imaginer libéraliser l'économie en créant de toutes pièces une fiction juridique.

La fiction est « un procédé de technique juridique consistant à supposer un fait ou une situation différente de la réalité pour en déduire des conséquences juridiques »<sup>33</sup>. Les fictions permettent de concilier la stabilité du système juridique en place et la plasticité des réalités sociales : on travestit la réalité, « on fait comme si », pour parvenir à produire les effets de droit escomptés<sup>34</sup>. Pour instituer la cession de créance l'on a dû ainsi recourir à de purs artifices pour imaginer que la situation du débiteur et du créancier puisse connaître un autre sort que la dissolution. Les cadres conceptuels existants ont dû évoluer en assimilant les droits à des biens. Dans cette perspective, le créancier va se voir accorder la possibilité de céder son droit à la chose qui lui est due, chose dont il n'a pas la possession matérielle. Pothier qui imagine conceptuellement la cession de créance adopte ainsi un nouveau regard sur les choses corporelles et incorporelles en examinant leur utilité pour le droit<sup>35</sup>. À l'époque, c'est par l'« appropriation des droits » que sont accordées plus de libertés aux particuliers pour permettre la multiplication des richesses. L'appropriation des droits se réalise « *par un procédé extrêmement simple, qui a consisté dans l'assimilation de ces droits, qualifiés de choses incorporelles (res incorporales), aux biens corporels eux-mêmes* ». « *Ainsi, dans le patrimoine vont figurer comme éléments actifs, à côté des choses matérielles, mobilières ou immobilières, les droits* »<sup>36</sup>. La cession de créance est une fiction juridique. Accorder la possibilité à un créancier de céder le bénéfice d'une chose due mais dont on n'a pas la possession ne va pas de soi. Carbonnier parle alors de « *l'entrée dans le monde juridique de ces objets qui n'en sont pas* »<sup>37</sup>. C'est la dématérialisation du droit des biens. Si les fictions

---

<sup>32</sup> « *Par ses opérations internes, le droit recrée le monde extérieur et lui revient sous la forme de ses propres fictions dont il attend un effet dans le réel* » : F. Ost, *op. cit.*, p. 130.

<sup>33</sup> H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses universitaires, 1930, V. fiction.

<sup>34</sup> F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, T. 3, Paris, Sirey, 1921, n° 240, p. 365.

<sup>35</sup> V. A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du code civil français*, Bibliothèque de Philosophie du droit, Vol. 9, LGDJ, 1969, p. 165 et s.

<sup>36</sup> P. Roubier, *op. cit.*, n° 3, p. 30. V également R. Savatier, *op. cit.*, n° 1, p. 4 : « *Un bien n'existe que par son utilité économique. Mais il n'acquiert cette utilité que grâce aux droits qu'un homme exerce sur lui. Ainsi, l'utilité économique du bien suppose une situation de droit* ».

<sup>37</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, T. 3, *Les biens*, 19<sup>e</sup> éd., PUF, 2000, n° 254, p. 394.

juridiques peuvent parfois se révéler superflues et encombrer la technique juridique<sup>38</sup>, elles se justifient dès lors qu'elles servent l'ordre juridique<sup>39</sup> dans une finalité sociale<sup>40</sup>.

On observe là comment la cession de créance a bouleversé les cadres conceptuels existants pour répondre à un besoin de libéralisation de l'économie. La trajectoire de la cession de dette est sensiblement différente.

## § 2. La fonction doctrinale de la cession de dette

Le droit ne fait pas qu'imaginer comment créer des objets juridiques destinés à seconder le social. Il reçoit aussi l'imagination des juristes emportés, malgré eux, par les dérives du conceptualisme juridique. Dans ces circonstances, les règles de droit ne trouvent pas leur cause dans des considérations pratiques ou d'opportunité mais dans des concepts. Telle est la trajectoire de la cession de dette dont le concept a été pensé en abstraction (A) en détachement du contexte socio-économique qui aurait dû justifier son élaboration (B), ce qui explique aujourd'hui les failles observées de son régime.

### A. Du concept

Le conceptualisme donne aux juristes le terreau d'une créativité juridique sans limite. Si les concepts constituent l'interface de correspondance entre le monde social et le monde des idées<sup>41</sup>, ils peuvent aussi constituer le lieu d'épanouissement d'une pure logique juridique. C'est ainsi, en abstraction de la réalité, que la cession de dette a été imaginée en tant que revers réciproque de la cession de créance, dans le but de respecter un parallélisme des formes si cher aux juristes<sup>42</sup>. À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, la théorie des obligations se transforme sous l'influence d'un courant « patrimonialiste » importé d'Allemagne par Saleilles<sup>43</sup> et

---

<sup>38</sup> F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, T. 3, *op. cit.* n° 247, p. 417-418.

<sup>39</sup> J. Rivero, « Fictions et présomptions en droit public français », in C. Perelman et P. Foiriers (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Émile Bruylant, 1974, p. 101, spéc. p. 112.

<sup>40</sup> F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, T. 3, *op. cit. loc. cit.*

<sup>41</sup> Le concept constitue « un instrument intellectuel permettant d'effectuer un aller-retour entre la réalité juridique et l'essence des choses ou des idées » : V. Champeil-Desplats, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2<sup>e</sup> éd., 2016, n° 521, p. 324.

<sup>42</sup> Sur l'origine de la cession de dette, v. notamment R. Saleilles, « De la cession de dettes », *Annales de droit commercial*, 1890, doct. p. 1 et s. ; E. Gaudemet, *Étude sur le transport des dettes à titre particulier*, Thèse, Dijon, 1898 ; L. Andreu, *Du changement de débiteur*, Préf. D. R. Martin, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 92, 2010, n° 54 et s., p. 73 et s.

<sup>43</sup> R. Saleilles, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, *op. cit.* ; « De la cession de dettes », *op. cit.*

Gaudemet<sup>44</sup>. En vertu de ce courant, l'obligation pourrait être considérée non seulement comme un lien entre deux sujets (le débiteur et le créancier), mais aussi comme un bien pouvant être transmis. Cette transformation de la conception de l'obligation va conduire à admettre qu'elle puisse être cédée tant dans sa dimension active (la créance) que dans sa dimension passive (la dette)<sup>45</sup>. Si l'obligation constitue une médaille à deux faces dont le revers positif est incarné par la créance, et dont le revers négatif est incarné par la dette, il ne fait pas de doute que la dette pourrait être cédée comme peut l'être la cession de créance<sup>46</sup>. Les conceptions théoriques qui s'élaborent à l'époque s'imprègnent de logique, de symétrie et d'esthétique. Les juristes sont « séduits par le parallélisme pédagogique et sobre que leur offrait la science économique, plus spécialement la comptabilité : un actif correspondant à un passif et vice versa »<sup>47</sup>. L'obligation se rapproche ainsi du crédit<sup>48</sup> au sens où elle est imprégnée par des conceptions économiques, mathématiques, voire presque géométriques. La conception renouvelée de l'obligation est symptomatique de la pensée logico-déductive des pandectistes qui initient le courant de systématisation du droit des obligations en Allemagne au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>49</sup>. Elle est toutefois déconnectée de la réalité sociale puisque cette façon de penser le droit se réalise « abstraction faite de l'exploration des règles de droit positif, de la connaissance approfondie et de l'entendement complet de la matière que l'on traite »<sup>50</sup>. Il s'agit en somme d'un « travail d'esprit purement logique »<sup>51</sup>. La pensée logico-déductive conduit à penser le droit de façon ordonnée et méthodique selon un ensemble d'axiomes et de règles<sup>52</sup>. Aussi organisée soit-elle, cette façon de penser peut se révéler artificielle dans la

---

<sup>44</sup> E. Gaudemet, *Étude sur le transport des dettes à titre particulier*, op. cit.

<sup>45</sup> E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, réimp. publ. par H. Desbois et J. Gaudemet, Préf. H. Capitant, Dalloz, 2004, p. 12.

<sup>46</sup> Pourtant, depuis ses origines les plus anciennes, la dette ne constitue pas une notion juridique mais une notion économique qui aurait dû rester hors du champ du commerce juridique. Elle renvoie au « dû » d'un débiteur à l'égard d'un créancier. La dette ne peut donc à proprement parler être « cédée » juridiquement car la charge n'établit qu'un. V. notre thèse : C. Aubry de Maromont, *Essai critique sur la théorie des obligations en droit privé*, op. cit.

<sup>47</sup> A. Sériaux, « La nature juridique du patrimoine, brèves notations civilistes sur le verbe "avoir" », *RTD civ.* 1994, p. 801, spéc. n° 1, p. 802.

<sup>48</sup> Gaudemet le remarque clairement en observant que « l'obligation, c'est le crédit considéré d'un point de vue juridique ; le crédit, c'est l'obligation considérée au point de vue économique » : E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 10. V. également, C. Krampe, « Obligation comme bien. Droit français et allemand », *APD*, T. 44, *L'obligation*, Dalloz, 2000, p. 205 et s., spéc. p. 212.

<sup>49</sup> Les pandectistes substituent aux catégorisations romaines « un exposé logique des principes et de leurs applications » : J. Gaudemet, « Pandectistes », *Encyclopedia Universalis* (en ligne), consulté le 8 janvier 2015, URL <http://www.universalis.fr/encyclopédie/pandectistes>.

<sup>50</sup> P. Laband, « Préface à la deuxième édition allemande », *Le droit public de l'empire allemand*, t. 1, trad. F. Gandilhon, Paris, 1900, p. 9.

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> O. Jouanjan, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales*, T. XLI, 2003, n° 128, p. 129 et s., spéc. p. 135.

mesure où elle mène à occulter la *ratio legis* derrière l'esthétique des concepts<sup>53</sup>. Les institutions juridiques imaginées dans cette logique, risquent alors de ne jamais être consacrées en droit positif parce qu'aucune considération pratique ne vient en justifier l'édification. Ce constat explique que la consécration légale de la cession de dette ne se soit pas imposée avec la force de l'évidence.

La cession de dette a été consacrée dans la loi plus d'un siècle après avoir été imaginée en théorie. Entre le moment où l'idée d'une cession de dette émerge et le moment où elle est réglementée dans le Code civil, une grande controverse divise la pensée doctrinale, signe que son admission n'allait pas de soi. Deux courants s'opposent. Le courant patrimonialiste, d'une part, qui considère que l'obligation est un bien et qu'elle est ainsi devenue transmissible dans ses deux dimensions, active et passive, car la personnalité du débiteur et du créancier sont devenus un élément secondaire par rapport à leur patrimoine<sup>54</sup>. Le courant personnaliste, d'autre part, qui considère que l'obligation est avant tout un lien entre deux sujets de droit et que les intérêts du créancier ne pourraient qu'être lésés si la cession de dette était admise, « *la dette valant ce que vaut le débiteur* »<sup>55</sup>. Il est marquant d'observer que c'est un débat de concepts qui divise la doctrine au XX<sup>e</sup> siècle<sup>56</sup> : selon que l'on adhère à la conception patrimoniale ou à la conception personnelle de l'obligation, la cession de dette sera ou non envisageable. Ce n'est ni la nécessité socio-économique de céder sa dette, ni l'utilité que pourrait présenter cette opération pour le droit qui alimente le débat. La résistance du courant personnaliste français durant plus d'un siècle est toutefois révélatrice du malaise : une dette ne peut, à proprement parler, entrer dans le commerce juridique<sup>57</sup>.

## B. Sans contexte

Notre droit positif reconnaît aujourd'hui qu'une dette puisse être « cédée ». La cession de dette a ainsi été consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016 et est réglementée aux articles 1327 à 1328-1 nouveaux du Code civil. Deux raisons principales ont été avancées au

---

<sup>53</sup> Pour une étude des dérives du conceptualisme juridique, v. P.-E. Audit, *La « naissance » des créances. Approche critique du conceptualisme juridique*, op. cit., n° 379, p. 272-273.

<sup>54</sup> V. par exemple, E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, op. cit., p. 13.

<sup>55</sup> V. par exemple, H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, T. 2, Vol. 1, *Obligations, Théorie générale*, 9<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1998, n° 1277, p. 1297.

<sup>56</sup> L'accent est porté soit sur le bien que constitue l'obligation, soit sur le lien que forme l'obligation, pour déterminer si elle peut être transmise passivement.

<sup>57</sup> « *Ce n'est donc peut-être pas tant le caractère personnel du côté passif de l'obligation qui fait obstacle à la cession de dette que l'incapacité naturelle de celle-ci à être un bien* » : M. Billiau, *La transmission des créances et des dettes*, LGDJ, 2002, n° 10, p. 14.

soutien de cette innovation : aligner le droit français sur les législations étrangères et les projets européens, d'une part, et consacrer la conception patrimoniale devenue dominante de l'obligation en doctrine au courant du XX<sup>e</sup> siècle, d'autre part. Ces raisons ne révèlent pas qu'il existait une nécessité socio-économique de céder sa dette. Elles tiennent à la volonté doctrinale de moderniser le droit français pour le rendre *a priori* plus attractif.

L'alignement du droit français sur les législations étrangères et les projets européens permettent à la France de se rallier au camp des « modernes ». Alors que le Code civil français ne fait, depuis fort longtemps, plus office de modèle à l'étranger, la consécration de la cession de dette est l'une des figures du ralliement au droit des obligations renouvelé. Parce qu'elle semble rendre le droit plus libéral en accordant une nouvelle habilitation au débiteur, la cession de dette ferait entrer sur le marché les « biens à valeur négative »<sup>58</sup> et alimenterait le développement de l'économie. La consécration de la cession de dette s'accorde, en outre, avec une conception *a priori* plus moderne de l'obligation, qui tend à l'envisager non seulement comme un lien entre deux sujets, mais aussi comme un bien pouvant être transmis tant dans sa dimension active, la créance, que passive, la dette. Cette conception patrimoniale de l'obligation s'est imposée avec force dans les manuels de droit des obligations dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Le droit a ainsi directement été affecté par le discours doctrinal dominant qui circule à son propos.

Cet appareil de modernité n'est pourtant qu'une façade dans la mesure où la consécration de la cession de dette ne crée pas de nouvelle habilitation à faire « circuler la dette ». En droit français, d'autres opérations permettent déjà de changer de débiteur<sup>59</sup>. Ces mécanismes voisins ont d'ailleurs l'avantage d'être mieux connus et maîtrisés<sup>60</sup>. Le nouveau cadre juridique offert par le régime de la cession de dette ne constitue qu'un greffon étranger mal adapté au droit français<sup>61</sup>. L'inspiration du droit allemand n'a finalement mené qu'à repenser les concepts par le prisme d'une nouvelle opération de « transmission de l'obligation » imaginée en théorie. Mais un problème de traduction ou, tout du moins, d'emploi d'un terme approprié se pose alors. En effet, une véritable « cession » de dette aboutirait à admettre qu'un débiteur puisse, sans accord du créancier, transmettre la charge

---

<sup>58</sup> D. Chilstein, « Les biens à valeur vénale négative », *RTD civ.* 2006, p. 663.

<sup>59</sup> V. L. Andreu, *Du changement de débiteur*, *op. cit.*

<sup>60</sup> V. O. Deshayes, T. Génicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, 2<sup>e</sup> éd., 2018, p. 753-755.

<sup>61</sup> Pour une critique du régime instauré par la cession de dette, v. V. Lasserre, « La cession de dette consacrée par le Code civil à la lumière du droit allemand », *D.* 2016, p. 1578.

qui pèse sur lui et en être libéré. Or, on sait bien qu'il est inenvisageable pour la sécurité des transactions d'admettre une telle opération. Si la cession de dette du Code civil ne ressemble pas à une cession, c'est qu'une dette n'a pas, par nature, vocation à entrer dans le commerce juridique<sup>62</sup>. Si l'accord du créancier est nécessaire à l'opération et que le débiteur ne peut être libéré par la cession, c'est parce qu'une dette n'est pas, à proprement parler, « disponible » dans le patrimoine du débiteur. On partage alors l'interrogation emplie de perplexité de Ripert devant ces règles libérales pensées en déduction de conceptions abstraites : « *lorsqu'il s'agit de régler les effets légaux des volontés ou des activités, d'organiser l'échange des capitaux et des services, peut-on sur un idéal assez vague ou sur des nécessités économiques bâtir des constructions juridiques abstraites, puis s'amuser à inscrire des équations de rapports juridiques et les transformer ?* »<sup>63</sup>.

La cession de dette n'a finalement pas bouleversé les cadres existants parce qu'elle n'a été pensée que dans une démarche doctrinale abstraite. La théorie qui a permis d'élaborer l'opération se trouve en véritable décalage avec la réalité qu'elle prétend encadrer. Si l'on peut bien changer de débiteur, on ne peut à proprement parler « céder sa dette ». Il n'y a donc rien d'étonnant à observer que l'institution ne puisse pleinement produire les effets escomptés. Si le droit creuse un écart nécessaire avec le réel pour marquer son efficacité normative<sup>64</sup>, il ne faut pas perdre de vue qu'il se superpose avant tout à cette réalité pour l'encadrer<sup>65</sup>. Et c'est cette réalité sociale qu'il convient de considérer au premier plan.

\*\*\*\*

Au-delà d'une redécouverte d'un pan méconnu de l'histoire du droit des obligations, l'analyse des trajectoires respectives de la cession de créance et de la cession de dette permet de mettre en lumière l'intérêt de penser le droit dans son contexte. L'étude révèle en effet que

---

<sup>62</sup> Contrairement à la créance, la dette ne constitue ni un droit ni un bien mais révèle un état comptable descriptif de la situation financière du débiteur redevable. Cette nature purement économique de la dette, qui diffère sensiblement de la nature juridique de la créance, est aujourd'hui masquée par l'étroite réciprocité établie par le prisme de la conceptualisation de l'obligation. Sur le glissement conceptuel des notions d'obligation, de dette et de créance, sous l'influence de la théorie conceptualiste des obligations, v. note thèse : Aubry de Marmont, *Essai critique sur la théorie des obligations en droit privé*, op. cit.

<sup>63</sup> G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, rééd., LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2014, p. 5.

<sup>64</sup> Le droit est « *l'art des constructions imaginaires. Il est tissé de fictions et l'écart avec le réel est même constitutif de son efficacité sur ce réel* » : F. Ost, op. cit. p. 130.

<sup>65</sup> « *La règle de droit se surajoute à une réalité qu'elle ne modifie pas fondamentalement, mais sur laquelle elle agit* » : C. ATIAS, *Philosophie du droit*, PUF, 1999, p. 298. V. également, J. CHEVALLIER, « L'internormativité », in L. HACHEZ, F. OST et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 4, *Théorie des sources du droit*, Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, 2013, p. 697 : « *La règle de droit est seconde par rapport à d'autres catégories de normes, la normativité venant se greffer sur une normalité déjà-là, socialement reconnue* ».

les faiblesses attachées au régime juridique de la cession de dette tiennent à une déconnection de la règle par rapport à son milieu social. Alors que la cession de créance a été instaurée dans un souci de libéralisation de l'économie, la cession de dette a été pensée dans une démarche doctrinale conceptualiste par pur esprit de logique juridique. Il n'est donc pas surprenant que sa consécration ne vienne pas bouleverser les cadres existants. La démarche historique en contexte, empruntée dans l'étude, est utile pour comprendre le droit positif, y compris dans sa dimension la plus technique. En effet, l'analyse proposée, permet de se décaler par rapport au courant dominant de la recherche juridique, pragmatique et normatif, pour redécouvrir la fonction sociale des règles de droit. Contrairement à l'idée répandue, la démarche des sciences sociales ne permet pas seulement de comprendre notre système juridique du dehors, mais aussi du dedans. L'approche est absolument complémentaire de la démarche doctrinale qui est utile pour systématiser le droit positif et le transformer, mais est insuffisante pour comprendre le droit dans son environnement. On pourrait alors souhaiter, comme l'avait revendiqué Duguit depuis déjà fort longtemps<sup>66</sup>, que le droit se rapproche des sciences sociales dont il est resté à l'écart pour préserver son autonomie. Puisque les concepts ont la fâcheuse tendance de masquer le contexte, osons nous en extraire ! Le droit civil dont le dépérissement est annoncé, parce qu'il ne constituerait aujourd'hui plus un droit vivant<sup>67</sup> mais un droit des livres<sup>68</sup>, pourrait peut-être retrouver ses heures de gloires s'il réussissait à s'émanciper du conceptualisme qui a asséché toute la richesse de son terreau. Penser la fonction sociale des règles qui le composent semble alors pouvoir constituer une première voie fertile.

---

<sup>66</sup> L. Duguit, *Le droit constitutionnel et la sociologie*, Extrait de la revue internationale de l'Enseignement du 15 novembre 1889, Paris, Armand Colin, p. 4-5.

<sup>67</sup> « Pourquoi ce droit qui plonge ses racines dans le passé n'a-t-il plus les faveurs de l'époque, au point d'être de moins en moins perçu comme un droit vivant ? » « Pourquoi un droit qui remonte à l'Antiquité, qui incarne un bloc de stabilité apparemment indifférent à l'histoire, en vient-il à se périmer sous nos yeux ? » : R. Libchaber, « Le dépérissement du droit civil », in F. Audren et S. Bardou des Places (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, LGDJ, coll. Contextes, Culture du droit, 2018, p. 243, spéc. p. 243-244.

<sup>68</sup> La distinction du droit des livres (« Law in books ») et du droit en action (« the law in action ») est établie par Roscoe Pound : R. Pound, « Law in Books and Law in Action », *American Law Review*, 1910, vol. 44, p. 15-40.