



Le droit de préemption conventionnel prévu en cas de cession ne s'applique pas aux apports en société (Com., 15 déc. 2009 : ). C'est l'enseignement que l'on peut tirer de cet arrêt. En l'espèce, les signataires d'une convention se consentent un droit de préemption mutuel portant sur les titres qu'ils détiennent dans deux sociétés. Il est prévu que ce droit de préemption s'appliquera en cas de « cession » desdits titres. Quelques mois plus tard, une partie des signataires constituent une société, à laquelle ils apportent leurs titres. Assignés, ils font valoir que l'apport n'est pas une cession et que le droit de préemption n'avait donc pas lieu de jouer. Les juges d'appel ne les suivent pas, estimant que cet apport constitue bien une cession. Ils en sont censurés par l'arrêt signalé.


La Cour n'expose pas les raisons de cette censure et se borne à viser l'art. 1134 C. civ. Le sens de l'arrêt n'en est pas moins clair : l'apport en société ne peut pas être assimilé à une cession, à tout le moins dans le cadre d'un droit de préemption conventionnel – dont il faut évidemment rapprocher le pacte de préférence (cf. d'ailleurs en ce sens : Civ., 5 mars 1951, JCP 1951, II, 6496, note J.-C. Laurent). Pourquoi cette solution ? Un dictionnaire de référence donne du mot « cession » la définition suivante : « Transmission entre vifs, du cédant au cessionnaire, d'un droit réel ou personnel, à titre onéreux ou gratuit. » (G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 4ème éd., p. 138). A première vue, l'apport en nature, dont il était question ici, semble correspondre à cette définition (v. Civ. 3ème, 8 mai 1979, Bull. n° 101). L'art. 1843-3 C. civ. dispose précisément que cet apport emporte « transfert des droits », et ajoute que l'apporteur « est garant envers la société comme un vendeur envers son acheteur ». Pourtant, la position de la Cour est justifiée. D'une part, le transfert de propriété auquel l'apport donne lieu n'est pas définitif, puisque l'associé a vocation le récupérer lors de la dissolution de la société (G. Ripert et R. Roblot, Les sociétés commerciales, LGDJ, 19ème éd., par M. Germain et V. Magnier, n° 1056-52). L'apport se distingue donc, à cet égard, de la vente. Peut-être cette spécificité théorique explique-t-elle l'arrêt. Mais celui-ci peut se justifier à un autre point de vue. Dans l'apport en société, l'apporteur reçoit des titres. Au contraire, la mise en œuvre du droit de préemption débouche sur le paiement d'une somme d'argent au cédant. Dès lors, faire application de ce droit en cas d'apport, ce

serait contraindre le débiteur de la préemption à recevoir de l'argent en lieu et place des titres sociaux que l'opération souhaitée devait lui procurer. La Cour de cassation a tenu ce raisonnement s'agissant du droit de préemption que la loi confère au preneur à bail rural : « l'apport en société (...) échappe au droit de préemption du preneur en place, car il ne peut offrir au bailleur les droits sociaux que celui-ci désire acquérir » (Civ. 3ème, 4 mars 1971, Bull. n° 151 ; Soc., 16 févr. 1961, Bull. n° 213). Cette considération n'est sans doute pas étrangère à l'arrêt, même s'il n'en dit rien. Quoi qu'il en soit, faut-il en déduire qu'il suffit désormais de passer par un apport en société pour échapper au droit de préemption et, plus généralement, aux pactes de préférence ? On aurait tort de le croire. D'abord, les parties peuvent aménager spécialement leur convention pour régler la difficulté résultant d'un éventuel apport. Ensuite, et en l'absence même d'un tel aménagement, il faut réserver la fraude, comme le fait d'ailleurs la Cour de cassation dans les arrêts précités. Un apport en société ayant pour unique but de contourner le droit de préemption ou le pacte pourrait donc être anéanti en application du principe selon lequel la fraude corrompt tout. Reste qu'il appartiendrait à celui qui se prévaut de cette fraude d'en démontrer l'existence.

La cession de créance n'empêche pas le débiteur cédé de se prévaloir de l'inexécution du contrat par le cédant (Com., 12 janv. 2010 : ). On sait qu'un contractant peut, sous certaines conditions, refuser de payer sa dette lorsque l'autre partie n'exécute pas ses obligations. C'est l'exception d'inexécution, qui constitue une certaine garantie pour le débiteur. Mais celui-ci peut-il encore s'en prévaloir lorsque la créance à payer a été cédée à un tiers ? Plus précisément, le locataire dont les loyers ont été cédés peut-il opposer au cessionnaire la mauvaise exécution du contrat par le bailleur cédant ? C'était la difficulté de l'espèce. Une société bailleuse cède à une autre société les loyers futurs dus par sa locataire, dans la limite de 36 mois. Un an passe, et ladite locataire cesse de s'acquitter de ses loyers, au motif que la bailleuse – cédante, donc – ne lui assure plus la jouissance paisible des lieux loués. La cessionnaire réplique, en substance, que le trouble allégué est postérieur à la cession et lui est donc inopposable ; de sorte que la locataire doit lui payer les loyers, quitte à se retourner

ensuite contre son bailleur. Les juges du fond rejettent cette argumentation et en sont approuvés par la Cour dans les termes suivants : « *en cas de cession de créance, le débiteur peut invoquer contre le cessionnaire les exceptions inhérentes à la dette même si elles sont apparues postérieurement à la notification de la cession ; (...) la cour d'appel a retenu à bon droit (...) que la société [locataire] pouvait opposer au cessionnaire l'exception d'inexécution* ».

La solution, rendue à propos d'un bail, vaut évidemment pour tous les contrats synallagmatiques. Quelle en est l'explication ? Elle tient, essentiellement, à un vieux principe, venu du droit romain : nul ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a lui-même (*Nemo plus juris...*). Pour reprendre une formule imagée mais très parlante : « *De même qu'un cheval vendu est entre les mains de l'acheteur ce qu'il était entre les mains du vendeur, de même la créance passe au cessionnaire telle que le cédant la possédait* » (P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, Les obligations, Cujas, 3ème éd., n° 1318). La créance passe sur la tête du cessionnaire avec ses vertus, mais aussi avec ses vices. En l'espèce, cependant, l'inexécution dénoncée par la locataire cédée était postérieure à la cession. C'est la raison pour laquelle le cessionnaire entendait échapper à ses conséquences. L'argument n'a pas fonctionné, pour cette raison, selon la Cour, que l'exception était *inhérente à la dette*. En d'autres termes, la dette de loyers est indissociable de la jouissance des lieux, car celle-ci en constitue la contrepartie et donc, d'une certaine façon, la condition. Or, le changement de créancier n'altère en rien ce lien originel. Aussi est-il normal qu'un trouble postérieur à la cession soit opposable au nouveau créancier. Le cessionnaire pourrait toutefois y échapper en passant par une cession « *Dailly* » acceptée (art. L. 313-9 C. mon. fin.) si les conditions en sont réunies ou, à défaut, en obtenant du locataire une renonciation lors de la cession.

Même de bonne foi, le vendeur ne peut s'exonérer de la garantie des vices dont il a connaissance (Civ. 3ème, 16 déc. 2009 : ). Aux termes de l'art. 1643 C. civ., le vendeur « *est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie.* ». De cette formule un peu alambiquée, on déduit qu'une clause exonératoire des vices cachés ne peut recevoir application lorsque le vendeur avait connaissance du vice. En va-t-il différemment s'il est établi que le vendeur,

bien qu'ayant connaissance du vice, n'avait aucune intention de tromper l'acquéreur ? Telle était la question en l'espèce. Le vendeur d'un appartement infesté de termites transmet à son notaire un document mentionnant l'existence de ces parasites. Mais le notaire omet de communiquer l'information à son confrère en charge des intérêts des acquéreurs. Ces derniers, s'apercevant ensuite du vice, assignent le vendeur en garantie. En défense, ce dernier se prévaut d'une clause de non-garantie des vices, visant spécialement les termites. La cour d'appel saisie du litige accepte de faire application de cette clause, au motif que le vendeur a fait le nécessaire pour informer les acquéreurs et n'est donc pas de mauvaise foi. Cassation : « *le vendeur qui, ayant connaissance d'un vice lors de la conclusion du contrat, stipule qu'il ne le garantira pas, est tenu à garantie, nonobstant cette clause* ».

En somme, le fait que le vendeur informé du vice soit néanmoins de bonne foi ne justifie pas l'application de la clause exonératoire de garantie. Pourtant, la règle de l'art. 1643 C. civ. est souvent justifiée par le fait que la connaissance du vice rend le vendeur de mauvaise foi, bref par des considérations morales. Au vu de cette explication, on aurait pu s'attendre à ce qu'un vendeur informé du vice puisse se prévaloir de la clause exonératoire s'il démontre qu'il n'a eu aucune intention de tromper l'acquéreur. L'arrêt signalé ferme cette perspective (v. déjà, mais moins clairement : Civ. 3ème, 29 mars 2007, Bull. n° 49). En vérité, il n'y a là rien de très étonnant, car le fondement de l'art. 1643 C. civ. n'est plus vraiment d'ordre moral. En témoigne, notamment, la jurisprudence relative au vendeur professionnel. Celui-ci est réputé connaître les vices de sa chose et ne peut donc jamais se prévaloir d'une clause de non-garantie (sauf à l'égard d'un acquéreur professionnel de la même spécialité : v. p. ex. Com., 3 févr. 1998, Bull. n° 60), quand bien même il prouverait son ignorance du vice (Civ. 1ère, 16 avr. 1996, Bull. n° 188). On voit ainsi qu'il ne s'agit pas, ou plus, de considérer le vendeur professionnel comme malhonnête par principe, mais de le contraindre à rechercher les vices cachés de sa chose et, le cas échéant, à les révéler à l'acheteur. C'est une logique semblable que l'arrêt signalé applique, ici à un vendeur apparemment profane. Ce n'est pas la déloyauté de ce dernier qui est sanctionnée, mais l'obligation qui lui est faite d'informer *personnellement* l'acquéreur des vices dont il a connaissance.