

CONTRATS ET OBLIGATIONS

1270

La clause de substitution dans les contrats préparatoires : clause de cession de contrat ?

Si les clauses de substitution ne sont pas spécialement envisagées par l'ordonnance du 10 février 2016, la consécration de la cession de contrat aux articles 1216 et suivants du Code civil vient probablement répondre à la question de leur nature juridique. Une telle clarification pourrait alors remettre en cause un certain nombre de solutions relatives à leur régime. Le présent rapport du comité juridique de la FNDP a pour objectif de mettre en exergue un certain nombre de points devant attirer la vigilance des rédacteurs d'actes.

Rapport rédigé par :

Cécile Lisanti,
professeur à l'université de Montpellier

1 - La clause de substitution est très courante dans les contrats préparatoires, spécialement dans les promesses de vente. Cette clause organise entre le promettant et le bénéficiaire, la faculté pour ce dernier de se substituer un tiers. Plus précisément, les parties conviennent du principe de la substitution et éventuellement de ses modalités. Lorsque cette faculté est mise en œuvre pour une promesse unilatérale de vente, par l'effet de la substitution, le bénéficiaire substitué devient titulaire de l'option en lieu et place du bénéficiaire initial. Sous réserve d'exclusion légale particulière¹, la validité de ces clauses ne suscite pas de difficulté. Plus largement, la jurisprudence a dessiné les grandes lignes de leur régime, mais n'a jamais pris clairement parti sur leur nature juridique. Si l'ordonnance du 10 février 2016 ne comporte aucune disposition spéciale à leur endroit, la consécration de la cession de contrat aux articles 1216 et suivants du Code civil répond vraisemblablement à la question de leur nature. Parce que la qualification de cession de contrat semble s'imposer (1) un certain nombre de conséquences sur le régime de la clause de substitution doivent alors être déduites (2).

1. La clarification de la nature de la clause de substitution

2 - Afin de mettre en lumière l'apport de l'ordonnance (B), un bref rappel des solutions antérieures, qui semblaient éluder la question, s'impose (A).

1 Par exemple, l'article 52 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 dite loi Sapin, qui frappe de nullité absolue la cession à titre onéreux de promesse qui serait consentie par un professionnel de l'immobilier.

A. - Une question contournée avant l'ordonnance du 10 février 2016

3 - L'analyse de la jurisprudence montre que les juridictions furent embarrassées par la question de la nature juridique de la clause de substitution stipulée dans les contrats préparatoires². D'abord, la jurisprudence a pu considérer, pour la promesse unilatérale puis pour la promesse synallagmatique³, que la clause de substitution ne constituait pas une cession de créance soumise à l'article 1690 du Code civil. Les commentateurs ont pour la plupart considéré que ces solutions se justifiaient pleinement, la clause opérant non une cession de créance mais de contrat⁴. En dépit de cette position majoritaire⁵, s'agissant spécialement de la clause de substitution figurant dans une promesse unilatérale de vente, la Cour de cassation a, ensuite, exclu la qualification de cession de contrat afin d'exclure l'application de l'article 1589-2 du Code civil⁶. La consécration de la cession de contrat par l'ordonnance du 10 février 2016 pose toutefois la question du devenir de cette jurisprudence.

2 Ph. Brun, *Nature juridique de la clause de substitution dans le bénéfice d'une promesse unilatérale de vente : une autonomie de circonstance ?* : RTD civ. 1996, p. 29.

3 V. notamment à propos de la clause figurant dans une promesse synallagmatique de vente : Cass. 3^e civ., 12 avr. 2012, n° 11-14.279 : *JurisData* n° 2012-006959 ; JCP G 2012, note 760, Y. Dagorne-Labbé ; JCP N 2012, n° 17, act. 477 ; RDC 2012, p. 1241, note Ph. Brun.

4 En ce sens avant l'ordonnance du 10 février 2006: Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux* : LGDJ, 7^e éd., 2016, n°116.

5 V. toutefois contra : L. Boyer, *Clause de substitution et promesse unilatérale de vente* : JCP N 1988, I, p. 250.

6 Cass. 3^e civ., 19 mars 1997, n° 95-12.473 : *JurisData* n° 1997-001254 ; Bull. civ. III, n° 68 ; D. 1997, somm. p. 341, obs. Ph. Brun ; JCP G 1997, I, 4039, n° 14, obs. M. Billiau ; JCP N 1998, n° 20, p. 769, n° 24, obs. J.-M. Mousseron.

B. - L'apport de l'ordonnance du 10 février 2016

4 - La cession de contrat est consacrée aux articles 1216 et suivants. Elle y est envisagée comme un mécanisme autonome qui ne saurait s'analyser en la juxtaposition d'une cession de créance et de dette. Parce qu'elle consiste en la cession à un tiers de la qualité de partie à un contrat, elle est une opération sur le contrat lui-même, ce qui explique que le législateur l'ait envisagée en tant qu'effet du contrat, et non parmi les opérations translatives d'obligations.

5 - Selon les termes du nouvel article 1216 : « *Un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé.*

Cet accord peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé, auquel cas la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié ou lorsqu'il en prend acte.

La cession doit être constatée par écrit à peine de nullité. »

Partant de cette définition, une réponse à la question de la nature juridique de la clause de substitution semble apparaître. La substitution peut en effet être analysée en une clause qui organise la cession de la qualité de bénéficiaire : son objet consiste à permettre à un contractant (le cédant, bénéficiaire initial de la promesse) de céder sa qualité de partie au contrat de promesse à un tiers (cessionnaire, bénéficiaire substitué), et ce avec l'accord de son cocontractant (cédé, promettant). La clause de la substitution semble donc devoir être attraitée à la catégorie de cession de contrat, ou tout au moins de clause qui par anticipation organise une telle cession. Cette clause paraît d'ailleurs spécialement visée à l'alinéa 2 qui précise que l'accord à la cession peut être donné par anticipation dans le contrat conclu entre le cédant et le cédé. Cette analyse est partagée par la majorité des commentateurs, certains allant même jusqu'à préconiser la modification de la rédaction des clauses pour utiliser les termes de cession de contrat⁷.

2. L'évolution du régime de la clause de substitution

6 - La qualification de la clause de substitution en clause de cession de contrat conduit à l'application des articles 1216 et suivants du Code civil (A), ce qui présente l'avantage indéniable de compléter et de rendre plus prévisibles les solutions en la matière. De manière moins opportune, dans le cas particulier de sa stipulation dans une promesse unilatérale de vente, peut se poser la question de l'application de l'article 1589-2 du même code (B).

7 En ce sens : M. Mekki, *Réforme des contrats et des obligations : la promesse unilatérale de vente* : JCP N 2016, n° 40, act. 1071. - R. Boffa, *Les clauses relatives aux opérations translatives* : JCP N 2016, n° 13, 1115. - G. Chantepie, *L'application dans le temps de la réforme du droit des contrats* : AJC 2016, p. 412. - Contra Ch. Gijsbers, *De l'opportunité douteuse de réécrire les clauses de substitution après l'ordonnance du 10 février 2016* : Bull. Cridon de Paris, 15 oct. 2016, II, 278 ; *Faut-il « rebaptiser » les clauses de substitution après la réforme du droit des obligations ?* : JCP N 2016, n° 45, act. 1194.

A. - L'application des articles 1216 et suivants du Code civil

7 - Considérer que la clause de substitution organise dans les contrats préparatoires la cession éventuelle de ces contrats, emporte principalement trois séries de conséquences⁸. D'abord, la validité de la cession de contrat requiert le consentement du cédé et doit être constatée par écrit à peine de nullité (*C. civ.*, art. 1216, art. 3). La première exigence ne pose pas vraiment de difficulté dès lors qu'en matière de clause de substitution, le consentement du cédé (promettant) résulte de la stipulation de la clause. S'agissant de la cession elle-même, elle doit intervenir par écrit entre le bénéficiaire et le substitué sous peine de nullité, condition à laquelle les praticiens devront donc veiller. Ensuite, s'agissant de ses effets, parce que la clause de substitution constitue, au sens de l'article 1216 alinéa 2, un accord des parties sur le principe et les modalités de la cession qui intervient avant la cession, la cession ne produira ses effets que lorsqu'elle est notifiée au cédé ou que ce dernier en prend acte. Enfin, un dernier point important est de savoir si la substitution produit un effet libératoire à l'égard du cédant. La question peut en effet se poser pour la cession d'une promesse unilatérale à propos de l'indemnité d'immobilisation. La réponse est clairement apportée à l'article 1216-1 du Code civil qui dispose : « *si le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir. À défaut, et sauf clause contraire, le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat* ». Il faut alors comprendre que par principe, le cédant n'est pas libéré : pour qu'il le soit, le cédé doit l'avoir expressément accepté. Le principe est donc que le cédant reste tenu solidairement de l'exécution du contrat, ce qui est une solution favorable au cédé. Solution qui pourra être aménagée par une volonté contraire, pouvant être exprimée, la loi ne distinguant pas, dès la clause de substitution mais également à l'occasion de la cession de contrat.

B. - L'application de l'article 1589-2 du Code civil ?

8 - L'article 1589-2 du Code civil dispose : « *Est nulle et de nul effet toute promesse unilatérale de vente afférente à un immeuble, à un droit immobilier, à un fonds de commerce, à un droit à un bail portant sur tout ou partie d'un immeuble ou aux titres des sociétés visées aux articles 728 et 1655 ter du code général des impôts, si elle n'est pas constatée par un acte authentique ou par un acte sous seing privé enregistré dans le délai de dix jours à compter de la date de son acceptation par le bénéficiaire. Il en est de même de toute cession portant sur lesdites promesses qui n'a pas fait l'objet d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé enregistré dans les dix jours de sa date.* ». Ainsi, en application de ce texte, un certain nombre de promesses unilatérales, notamment celles qui ont pour objet un immeuble, sont soumises à une formalité d'enregistrement exigée sous peine de nullité absolue du contrat.

8 Plus largement que le régime de la cession de contrat : G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations* : Dalloz, 2016, n° 600 et s.

9 - L'application de ce texte en matière de clause de substitution est une question classique. Jusqu'alors, la jurisprudence a toujours refusé d'appliquer l'article 1589-2 en matière de clause de substitution⁹. Cette solution s'inscrit plus largement dans le sens d'une interprétation stricte d'un texte d'exception qui se justifie parfaitement en opportunité. Toutefois, si l'on admet que la clause de substitution est une cession de contrat, les données sont quelque peu modifiées. Sans préjuger des solutions futures, cette qualification paraît faire entrer l'opération dans le domaine de l'article 1589-2. Ce texte, qui tend à lutter contre la dissimulation fiscale, vise en effet la promesse mais également et « toute cession pourtant sur lesdites promesses ».

10 - Un auteur a pu soutenir que la consécration légale de la cession de contrat ne modifiait en rien la nature de la clause de substitution ; selon lui, les raisons qui avaient conduit la jurisprudence à exclure l'application de ce texte en matière de substitution de promesse, demeurent¹⁰. Il s'agit en effet d'interpréter le plus strictement possible une règle de forme d'ordre fiscal. L'analyse est séduisante mais elle n'enraye pas le risque de revirement de jurisprudence. On pourrait également soutenir que le texte, à finalité fiscale, devrait viser seulement les cessions de promesses à titre onéreux. Là encore, même si une telle interprétation serait à la fois opportune et conforme à l'esprit du texte, la prudence s'impose car l'exclusion des cessions à titre gratuit ne figure nullement dans

le texte. L'on pourrait également soutenir que par cession au sens de l'article 1589-2 du Code civil, il faudrait comprendre seulement les cessions qui n'auraient pas été anticipées par une clause de substitution figurant dans la promesse. Là encore, il n'est pas certain que les juridictions soient convaincues par une telle analyse.

11 - En conclusion :

- **sur la clause de substitution** : le comité juridique de la FNDP attire l'attention des rédacteurs de contrat sur la possible qualification de la clause de substitution en clause de cession de contrat, et ce indépendamment des termes utilisés dans la rédaction de la clause ;
- **sur la substitution elle-même** : le comité juridique de la FNDP attire l'attention des rédacteurs de contrat sur les précautions à prendre pour sa validité. Si la qualification de cession de contrat est retenue, la cession doit, à des fins de validité, résulter d'un écrit (*C. civ.*, art. 1216, al. 3). Dans l'hypothèse particulière de la cession des promesses unilatérales figurant dans le domaine de l'article 1589-2 du Code civil¹¹, le comité juridique de la FNDP recommande par précaution le respect des prescriptions de ce même texte.

En d'autres termes, il convient que la cession soit rédigée en la forme authentique, ou à défaut, que l'acte sous seing privé soit enregistré dans un délai de 10 jours à compter de sa date afin d'éviter de courir le risque de nullité absolue. ■

9 Cass. 3^e civ., 19 mars 1997, n° 95-12.473 : *JurisData* n° 1997-001254 ; *Bull. civ. III*, n° 68 ; *D.* 1997, somm. p. 341, obs. Ph. Brun ; *JCP G* 1997, I, 4039, obs. M. Billiau.

10 Ch. Gijbers, *préc. note 7*.

11 Pour rappel, il s'agit des « promesse unilatérale de vente afférente à un immeuble, à un droit immobilier, à un fonds de commerce, à un droit à un bail portant sur tout ou partie d'un immeuble ou aux titres des sociétés visées aux articles 728 et 1655 ter du code général des impôts »

SERVICE INCLUS
dans votre abonnement papier

Lexis
Kiosque

→ Vos avantages :

- Accédez à votre bibliothèque de revues **en un clic** ;
- Consultez votre revue à tout moment, même **sans accès internet**, une fois téléchargée ;
- Bénéficiez d'un **confort de lecture**, d'un accès optimisé pour chaque support et de la lecture audio (tablette, smartphone) ;
- Stockez et retrouvez **très simplement** vos anciens numéros ;
- Feuillotez **librement** votre revue, ou sélectionnez un article précis.



LexisNexis®

Informations 01 71 72 47 70

Consultez vos revues sur **tablette et smartphone** !

GUIDE D'ACCÈS À LEXIS® KIOSQUE
depuis mon smartphone ou ma tablette



17LXK5V003

- ① Je m'identifie sur www.lexisnexis.fr/lexiskiosque avec mon numéro client
- ② Je reçois par email sécurisé mon login et mon mot de passe
- ③ Je **télécharge gratuitement** sur App Store ou Google Play l'appli Lexis® Kiosque
- ④ Je me **connecte** à Lexis® Kiosque grâce à mon login et mon mot de passe
- ⑤ Je **télécharge ma revue** dans ma bibliothèque virtuelle (Inclus dans mon abonnement papier)

Disponible sur



*Retrouvez votre numéro client sur le « blister » de votre revue.

