



PAR  
AUDE BENEDETTI  
EMMANUELLE GILLES DE PELICHY  
GROUPE IMMOBILIER

## PRATIQUE NOTARIALE ET FACULTÉ DE SUBSTITUTION

La plupart des promesses de vente contiennent une clause dite « de substitution » par laquelle le bénéficiaire peut désigner une (ou plusieurs) autre personne dans le bénéfice de la promesse. Le substitué a alors qualité pour lever l'option dans les termes de la promesse et demander au promettant la réalisation de la vente à son profit.

Par exception, cette transmission de la promesse est interdite lorsqu'il s'agit d'une opération à titre onéreux réalisée par un professionnel de l'immobilier.

La réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, ayant reconnu la faculté pour un contractant de céder sa qualité de partie au contrat sur l'autorisation donnée par avance par le contractant cédé, a suscité l'interrogation suivante : la substitution ne trouverait-elle pas une assise légale dans la nouvelle définition que le Code civil consacre à la cession de contrat ?

Certains auteurs (R. Boffa, JCP N, 2016, 1115 ; G. Chantepie, AJC, oct. 2016) qualifient en effet, depuis ladite ordonnance de 2016, la clause de substitution en une cession contrat, la cession de contrat étant aujourd'hui entendue comme l'opération par laquelle, aux termes du nouvel article 1216 du Code civil, un contractant « cède sa qualité de partie au contrat à un tiers ».

Le Professeur Mekki (JCP N, 2016, n°1071) estime au surplus que « les rédacteurs d'actes auraient probablement tout intérêt, pour éviter toute contestation, de choisir formellement dans leur acte de qualifier la substitution de cession de contrat ».

À l'inverse, le Professeur Charles Gijsbers (Bull. CRIDON du 1<sup>er</sup> - 15 oct. 2016, n°19-20) considère que « les motifs - juridiques ou politiques - qui ont poussé la Cour de cassation à soustraire les facultés de substitution du champ d'application du formalisme fiscal n'ont aucune raison d'être remis en cause par la consécration légale de la cession de contrat. La définition que l'ordonnance

a retenue de cette institution n'est, en effet, pas différente de l'idée que s'en faisait jusqu'à présent la doctrine majoritaire et la jurisprudence (V. L. Aynès, *La cession de contrat : Dr. et patrimoine* juill.-août 2016, p. 63). Elle ne change donc en rien les termes du débat quant au point de savoir si la faculté de substitution doit être assimilée à une cession au sens de l'article 1589-2 du Code civil. Aussi bien, si la Cour de cassation devait un jour changer d'opinion sur ce sujet, un tel revirement ne pourrait être commandé par la seule circonstance que la cession de contrat reçoit désormais les honneurs d'une définition légale dans le Code civil, cette nouvelle définition ne modifiant en rien les données du problème. »

Ne convient-il donc pas de se rattacher, comme par le passé, à la position de la Cour de cassation ?

En effet, à plusieurs reprises la Haute juridiction a énoncé que (Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 17 avril 1984; Cass. 3<sup>ème</sup> civ. 13 juillet 1999), « la faculté de substitution n'ayant pas le caractère d'une cession, n'entre pas dans le domaine d'application de l'article 1840-A du Code général des impôts ».

La substitution dans le bénéfice d'une promesse unilatérale de vente échappait par conséquent à tout formalisme ainsi qu'à l'obligation d'enregistrement prescrite par l'article 1589-2 du Code civil.

Parallèlement, la Haute juridiction est venue admettre la licéité de la faculté de substitution (Cass civ. 3<sup>ème</sup>, 7 juillet 1993) dans les promesses synallagmatiques de vente au visa des articles 1113 et 1589 du Code civil : « La faculté de substitution stipulée dans une promesse de vente est sans effet sur le caractère unilatéral ou synallagmatique du contrat et qu'elle avait constaté que l'acte comportait des engagements réciproques ».

Cette position s'explique notamment par la faveur qu'elle connaît dans la pratique.

La jurisprudence a ainsi fait de cette

institution une convention *sui generis*, refusant d'enfermer la faculté de substitution dans un système trop rigide, dans lequel le risque de fraude fiscale nous paraît par ailleurs mineur.

Cette qualification de la substitution en une cession de contrat ferait ainsi supporter aux parties un formalisme supplémentaire, risquant au surplus de fragiliser la fluidité des transactions.

En effet, en considérant que la faculté de substitution doit s'analyser en une cession de contrat telle que définie par le nouvel article 1216 du Code civil, cette cession devra, à peine de nullité, être constatée par écrit.

Par ailleurs, elle tomberait sous le coup du formalisme fiscal codifié désormais à l'article 1589-2 du Code civil aux termes duquel toute cession de promesse unilatérale de vente immobilière qui n'aurait pas fait l'objet d'un acte authentique ou d'un acte sous-seing privé enregistré dans les dix jours de sa date est nulle, de nullité absolue.

Cette qualification s'avère par conséquent trop dangereuse pour la pratique notariale. Nous pourrions tout à fait imaginer un promettant de mauvaise foi se prévalant du non-respect du formalisme imposé par l'article 1589-2 du Code civil pour tenter de se désengager de ses obligations aux termes de la promesse et sortir ainsi du contrat, sans indemnité ni sanction.

En conclusion, la consécration légale de la cession de contrat ne doit pas selon nous venir remettre en cause la jurisprudence instaurée par la Cour de cassation et nous devons par conséquent continuer à analyser cette clause de substitution comme une convention *sui generis* née de la pratique notariale afin de préserver la sécurité juridique de nos contrats.