



HAL
open science

La cession de contrat au prisme de la cession d'une vente en l'état futur d'achèvement

David Hiez

► **To cite this version:**

David Hiez. La cession de contrat au prisme de la cession d'une vente en l'état futur d'achèvement. Journal des Tribunaux Luxembourg, 2011, 14, pp.51-55. <hal-04553717>

HAL Id: hal-04553717

<https://hal.science/hal-04553717v1>

Submitted on 1 May 2024

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.



HAL Authorization

La clause suspensive.

Le compromis a été signé sous la condition suspensive de l'obtention d'un prêt par les acquéreurs endéans les dix jours ouvrables. Dans le délai stipulé, par lettre du 30 mars 2007, la banque a confirmé que son comité des crédits aurait réservé une suite favorable à la demande de financement. Par e-mail du 20 avril 2007, les consorts M. sont informés de la part de K. que la banque, à la suite d'une étude approfondie du dossier, aurait refusé le crédit. La lettre de la banque du 17 avril 2007 reprend la formulation utilisée pour son accord sauf à dire que « nous sommes au regret de vous informer que notre Comité des crédits n'a pas réservé une suite favorable... ». Il n'y est pas question d'une étude approfondie du dossier.

La condition suspensive de l'obtention du prêt est réputée réalisée dès que l'acquéreur-emprunteur a obtenu, sous quelque qualification ou technique que ce soit, l'offre de prêt nécessaire à la réalisation de l'opération considérée, telle que prévue par l'accord des parties. Le contrat est donc valable et exécutoire à partir de l'accord de la banque. La rétractation ultérieure, dont la Cour ignore la raison, ne saurait avoir la moindre incidence, ce d'autant moins que les raisons de ce changement restent dans le vague et qu'il ne saurait être exclu que les acquéreurs eux-mêmes y sont à l'origine, vu l'absence de motivation de la banque du revirement intervenu au niveau de son comité des crédits.

Dès lors que les acquéreurs se sont rétractés du contrat, la s.à r.l. S. était déchargée à leur encontre de ses obligations de délivrance, d'observation du délai d'achèvement et des formalités de réception. Les intimés sont malvenus à reprocher au prometteur une inexécution de sa part.

Les acquéreurs soutiennent finalement qu'ils n'auraient pas été sommés de passer acte devant notaire. Une sommation de passer acte était vaine en présence du refus d'ores et déjà exprimé et se dégageant de l'e-mail cité. Par lettre recommandée du mandataire des vendeurs, les intimés ont au demeurant été avertis de la réalisation du contrat de vente et ont été mis en demeure de régler la clause pénale, sinon de passer acte comme prévu.

La clause pénale.

Le contrat contient la clause suivante : « Dans le cas d'une résolution du présent contrat, la partie rétractant sera tenue de payer une indemnité de 15% du prix à l'autre partie ». En fonction de cette clause les appelants réclament 15% de la somme de 370.206,61 EUR correspondant au montant qui aurait dû leur revenir, soit la somme de 55.530,99 EUR.

Les intimés invoquent l'article 1152, alinéa 2, du Code civil pour conclure à une modération de la peine. Ils motivent cette demande, d'une part, par le pourcentage excessif réclamé, d'autre part, par le fait que l'appartement a été revendu dans un bref délai. Ils contestent tout préjudice dans le chef des vendeurs et demandent à la Cour d'enjoindre aux appelants de produire le nouvel acte de vente.

Les appelants n'ont pas pris position sur la demande en communication de l'acte de vente. Ils ne le versent pas, mais ne contestent pas

qu'une vente ait pu se réaliser. Ils ne fournissent pas la moindre donnée sur leur préjudice réel et effectif.

La clause pénale est destinée à garantir l'exécution du contrat et à fixer de façon forfaitaire l'indemnisation de l'une des parties lorsque l'autre reste en défaut d'exécuter ses obligations.

Si l'article 1152 du Code civil consacre le caractère forfaitaire des dommages et intérêts convenus par les parties pour le cas d'inexécution par l'une d'elle des obligations découlant de leur contrat, toujours est-il que le législateur, dans un souci d'équité, a, par la loi du 15 mai 1987, donné au juge la possibilité de modérer ou augmenter la peine convenue si celle-ci est manifestement excessive ou dérisoire.

En ouvrant la voie au pouvoir modérateur du juge pour prévenir des excès en la matière, cette législation ne devait cependant présenter qu'un caractère d'exception. Le législateur n'entendait pas remettre en cause la vertu coercitive et l'efficacité préventive de la clause pénale.

Il appartient dès lors au juge dans un cas d'espèce d'apprécier si la pénalité prévue au contrat est manifestement excessive. Pour ce faire les juges se basent normalement sur plusieurs critères objectifs :

Un des critères est la comparaison entre le montant de la peine stipulée et l'importance du préjudice effectivement subi par le créancier du fait de l'inexécution : il faut qu'il y ait une trop grande disproportion entre la peine et le préjudice.

Un autre est l'examen de la situation respective des parties pour le cas où la clause pénale devrait être appliquée dans toute sa rigueur : il serait en effet injuste que par son application le créancier tire un plus grand avantage de l'inexécution de l'obligation que de son exécution normale.

Un troisième est l'appréciation de la bonne foi du débiteur : il serait injuste de le faire profiter d'une réduction s'il a failli volontairement et de mauvaise foi à ses obligations.

Les intimés ne sont pas contredits lorsqu'ils affirment que l'appartement a entre-temps été vendu. Il n'est pas soutenu par les appelants que la vente fût réalisée à moindre prix. La Cour tire au contraire du fait que l'acte de vente n'a pas été versé la conviction que l'appartement a été revendu à un prix supérieur au prix convenu entre parties, les appelants ayant en effet eu tout intérêt à verser l'acte de vente au cas où ils auraient dû revendre l'appartement avec perte.

Par contre, dès lors que les intimés ne fournissent pas la moindre explication plausible au sujet du revirement de la banque — leur raisonnement que la banque n'aurait pas examiné tout le dossier restant en état de pure allégation et étant peu crédible de la part d'un institut bancaire dispensateur de crédits et habitué à des demandes de financement urgentes — leur mauvaise foi est patente.

Dans les conditions données, la Cour d'appel est d'avis qu'une pénalité est réduite, mais que celle-ci est à réduire au taux normalement appliqué de 10%, le taux de 15% étant manifestement excessif compte tenu même de la mauvaise foi des intimés. L'indemnité sera donc de 37.020 EUR.

Les demandes en paiement d'une indemnité de procédure en instance d'appel sont à rejeter faute par les parties d'avoir établi en quoi il serait en l'espèce inéquitable de laisser les frais non compris dans les dépens à leur charge.

[Dispositif conforme aux motifs.]



OBSERVATIONS

La cession de contrat au prisme de la cession d'une vente en l'état futur d'achèvement

Il est bien connu que la distinction de la théorie générale des contrats et des contrats spéciaux est aussi didactique que scientifiquement difficile à mettre en œuvre, à moins que ce ne soit l'inverse¹. Le mécanisme de la cession de contrat constitue un exemple bien connu du droit français puisque les auteurs ont largement cherché à fonder leurs analyses sur la cession légale de contrat. C'est récemment le juge qui, au Grand-Duché, a dû se prononcer dans une affaire de cession de contrat de vente en l'état futur d'achèvement^{1bis}, apportant ce faisant sa pierre à la notion générale.

Une vente en l'état futur d'achèvement, dont on ne sait rien, intervient entre un promoteur et les premiers acquéreurs. Ceux-ci cèdent ensuite leurs droits immobiliers à un couple de seconds acquéreurs par un compromis de vente conclu sous condition suspensive d'obtention d'un prêt immobilier. La banque aurait d'abord réservé une suite favorable mais, finalement, les seconds acquéreurs ont fait savoir aux premiers que la banque avait refusé le prêt et n'ont donc pas procédé à la signature de l'acte solennel définitif. Les vendeurs les ont alors assignés en paiement de la clause pénale.

Le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a requalifié le contrat conclu en un engagement ferme d'acquérir un immeuble en état futur d'achèvement, non conforme à l'article 1601-5 du Code civil pour ne pas revêtir la forme authentique. Il a donc annulé le contrat et débouté les demandeurs. Ceux-ci interjetèrent appel en arguant que les conditions des articles 1601 et suivants du Code civil n'étaient pas réunies et, partant, que ces articles étaient inapplicables. Ils réitérent donc leur demande initiale. Les intimés conclurent en revanche à la confirmation du jugement, excipant du fait que l'accord premier de la banque n'avait été qu'un accord de principe rétracté après analyse complète du dossier. Ils font valoir que l'immeuble ne leur a jamais été livré et qu'ils n'ont jamais été sommés de l'acte authentique. Subsidièrement, ils demandent la réduction de la clause pénale en application de l'article 1152, alinéa 2, du Code civil, l'appartement ayant été

(1) E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?*, L.G.D.J., 1997, Bibl. dr. privé, t. 264.

(1bis) G. KRIEGER, « La vente en état futur d'achèvement au fil de la jurisprudence luxembourgeoise », in *Le bicentenaire du Code civil - Une contribution luxembourgeoise*, éd. Portalis, Luxembourg, 2004, pp. 305 à 320.

rapidement revendu et les vendeurs n'ayant subi aucun préjudice.

La Cour confronte la définition de la vente d'immeuble en état futur d'achèvement au contrat conclu, auquel ont participé les trois parties en cause (en ce compris le promoteur). Elle estime que « la définition donnée par l'article 1601-4 démontre que l'obligation d'édifier la construction, à la charge du vendeur, constitue un critère nécessaire de qualification d'une opération de vente d'immeuble à construire à combiner avec les autres éléments de définition de cette opération ». Elle en conclut que « le contrat dont s'agit ne peut donc pas constituer un contrat en état futur d'achèvement, le vendeur n'étant en l'espèce pas le promoteur, il n'a pas d'obligation de construire ou d'achever l'immeuble et la quote-part du prix qu'il touchera n'est due que pour les constructions existantes qui sont sa propriété. (...) L'acquéreur qui cède ses droits dans un contrat de vente en état futur d'achèvement n'est donc pas un vendeur d'immeuble à construire. L'opération constitue une cession de contrat ». En conséquence, « le contrat n'est pas soumis à l'article 1601-5 du Code civil et est valable entre parties s'il est intervenu sous seing privé ».

La Cour rejette par ailleurs le jeu de la condition suspensive en constatant que la banque avait donné son accord de principe, rendant le contrat « valable et exécutoire », peu important la rétractation ultérieure, d'ailleurs inexplicite. En outre, la rétractation des acquéreurs avait déchargé les vendeurs de leurs obligations, notamment de délivrance, les acheteurs ne pouvant dès lors se plaindre d'une inexécution. Cependant, la Cour fait droit à la demande de réduction de la clause pénale en constatant que les vendeurs n'invoquent aucun préjudice, que la clause de 15% est supérieure aux pratiques habituelles et la ramène en conséquence à la pénalité habituelle de 10%, en dépit de la mauvaise foi des acquéreurs relativement à l'obtention du prêt.

L'affaire est riche de questions juridiques et nous ne les envisagerons pas toutes. La réduction de la clause pénale, aussi édifiante soit-elle quant à l'application des principes, ne fait que confirmer la jurisprudence établie². Quant au jeu de la condition suspensive, il ne soulevait pas de question de droit, mais plutôt l'appréciation des faits et ne présente donc pas d'originalité notable.

C'est donc sur la cession de contrat que nous allons nous concentrer, non seulement parce que la Cour procède sur ce point à des analyses proprement juridiques, mais également parce que celles-ci sont suffisamment originales pour être intégrées à l'élaboration d'une théorie luxembourgeoise de la cession de contrat. Le problème concret qui se posait était de savoir si le contrat était valide alors qu'il n'avait pas été passé devant notaire, ce qui implique de déterminer la nature juridique de l'opération. Sous cet aspect, l'analyse porte d'abord sur la cession de la vente d'immeuble en état futur d'achèvement, absente du Code, pour définir si elle constitue une vente à part entière ou une cession de contrat. Le juge tranche en faveur de la seconde solution et le silence du législateur conduit le juge à rechercher les éléments d'un régime juridique au sein de la théorie générale, à l'élaboration de laquelle il participe donc. Ce sont ces deux aspects que nous allons successi-

vement envisager, dans une démarche inductive, même si l'imbrication des deux dimensions brouille nécessairement le découpage logique. Dans un premier temps, nous mettrons en évidence l'élaboration du modèle d'un contrat de cession de vente en l'état futur d'achèvement. Dans un second temps, nous constaterons une relative incertitude quant à la théorie générale de la cession de contrat puisque la Cour semble s'orienter dans une autre direction que celle qui était la sienne en 2009³.

Section 1. Les contours de la cession du contrat de vente en état futur d'achèvement

Le cadre de l'intervention de la Cour est fixé par la loi dans ses pleins et ses creux. C'est ainsi que, en raison de la divergence entre la situation de l'espèce et les définitions légales, la première tâche a été de qualifier le contrat pour trancher le point de savoir s'il consistait en une vente en état futur d'achèvement. Cette qualification étant rejetée au profit de la cession conventionnelle de contrat, la Cour a esquissé les bases du régime juridique que le silence du législateur laisse en suspens.

§ 1^{er}. La qualification de vente en l'état futur d'achèvement

Dans l'affaire soumise à la Cour d'appel, les deux parties s'opposaient sur la qualification de l'acte signé entre elles : pour l'une il s'agissait d'un « contrat de cession de droits immobiliers », pour l'autre d'un « contrat préliminaire de vente d'un immeuble à construire en état futur d'achèvement au sens des articles 1601 et suivants du Code civil ».

La seconde qualification correspond à un contrat clairement défini par le Code civil, il est donc plus facile d'en apprécier la pertinence. La vente d'immeuble à construire est définie par l'article 1601-1 du Code civil comme celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat. Elle peut être à terme ou en état futur d'achèvement. La seconde (plus directement en cause en l'espèce) est définie par l'article 1601-3 comme le contrat par lequel le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ainsi que, le cas échéant, la propriété des constructions existantes. Or ce contrat est érigé en statut impératif dès lors qu'une personne, se réservant les pouvoirs de maître de l'ouvrage, s'engage à construire ou à faire construire un immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation ou une partie d'un tel immeuble constituée par un lot en copropriété, moyennant des versements ou des dépôts de fonds à effectuer avant l'achèvement de la construction. Compte tenu de cette impérativité, il convient de vérifier si les conditions fixées sont réunies.

Nous ne connaissons pas le détail des stipulations du contrat, mais tout porte à croire que de nombreux éléments le rapprochent de cette qualification. Ainsi, si l'acquéreur verse un montant significatif au vendeur (précédemment acquéreur lui-même auprès du promoteur), il doit aussi verser une somme au constructeur « pour les tranches de paiement à échoir ». La particularité provient cependant de ce que le contrat conclu l'avait été à trois personnes, pré-

cisément parce que la construction avait commencé au bénéfice d'un précédent acquéreur qui entendait se retirer de l'opération. La question qui a focalisé l'attention était celle de savoir si celui qui apparaissait comme le vendeur correspondait aux caractéristiques qu'en donne le Code civil, autrement dit s'il s'était réservé les pouvoirs de maître de l'ouvrage et s'il s'était engagé à construire ou faire construire. Quelles que soient les ressemblances repérables, l'assimilation est juridiquement impossible. Aux termes du contrat de vente en l'état futur d'achèvement conclu entre le promoteur et le premier acquéreur, le promoteur s'est réservé la qualité de maître de l'ouvrage, ce qui implique que l'acquéreur ne l'avait pas. En conséquence, il lui était impossible de prétendre la conserver et donc il ne pouvait s'agir d'une vente de l'article 1601-4. L'hypothèse de la convention préalable ne change rien aux difficultés rencontrées. Pour conforter ce point, la Cour en appelle à la jurisprudence française afin d'établir l'importance de la qualité de maître de l'ouvrage. Compte tenu de la distance des questions juridiques en cause dans les arrêts cités et l'espèce tranchée, il n'est pas certain que ce détournement ait été utile, d'autant que le sens de l'article 1601-4 est clair.

Dans le contrat ici analysé, le but est que le nouvel acquéreur obtienne ce qu'il aurait obtenu le premier acquéreur s'il avait été au terme de l'opération. Le moyen consiste à ce que celui-ci transfère ses droits à l'égard du promoteur et c'est ainsi que se présentait le contrat : cession de droits immobiliers. La qualification est cependant imprécise. À la lettre, il s'agirait d'une cession de créance dont le débiteur serait le promoteur. Les formalités de l'article 1690 n'ont pas été respectées mais, le promoteur ayant participé à la cession, son information est attestée. La difficulté provient de ce que la cession ne portait pas seulement sur des créances de l'acquéreur sur le promoteur, mais conduisait aussi le promoteur à pouvoir exiger de l'acquéreur le paiement des sommes restant dues. Mélange de cession de créances et de dettes, l'opération est le mieux qualifiée par la notion de cession de contrat. La position de la Cour ne peut qu'être approuvée sur ce point.

Cette conclusion ne résout toutefois pas les difficultés, elle ne fait que poser un cadre pour leur résolution.

§ 2. La construction d'une cession consentie

L'hésitation quant à la qualification résulte de ce que le Code civil luxembourgeois ne connaît pas d'institution correspondant précisément à cette situation. L'exemple français fournit une image différente avec l'article 1601-4 de son Code civil : « La cession par l'acquéreur des droits qu'il tient d'une vente d'immeuble à construire substitue de plein droit le cessionnaire dans les obligations de l'acquéreur envers le vendeur ». Introduite à une époque où le mécanisme de la cession conventionnelle de contrat n'avait pas encore été élaboré, ou du moins consacré en droit positif, la disposition avait pour fonction de valider une opération qui mêlait cession de créances et de dettes. Aujourd'hui, elle conserve pour intérêt de permettre l'opération en dehors de toute intervention du promoteur constructeur⁴. La finalité du

(2) Cour d'appel, 9 novembre 1993, *Pas. lux.*, 29, 293.

(3) Cour d'appel, 4 mars 2009, *J.T.L.*, n° 8, 2/2010, p. 61, obs. D. HIEZ.

(4) Ph. JESTAZ et Ph. MALINVAUX, *Droit de la promotion immobilière*, Dalloz, 1995, 6^e éd., n° 309.

mécanisme consiste à permettre à l'acquéreur initial de sortir aisément de l'opération immobilière dans laquelle il s'était engagé et, plus fondamentalement, d'inciter les potentiels acheteurs à conclure des ventes en état futur d'achèvement en considération de cette souplesse. Autrement dit, il s'agit de mobiliser le marché, dans l'intérêt bien compris des acquéreurs, mais aussi des promoteurs.

Le droit luxembourgeois n'a pas fait ce choix et c'est pour cette raison qu'aucune disposition n'envisage cette hypothèse. Le commentaire des articles de la loi indienne à propos de la solution française : « Le rapport fait à l'assemblée nationale soulignait que cette mesure, dérogaire au droit commun, n'est pas de nature à nuire aux vendeurs qui offrent des appartements à tous venants et ne contractent pas en considération de la personne de l'acquéreur. Cette constatation (...) ne semble guère pouvoir être admise au Luxembourg. Si on peut admettre que *l'intuitus personae* ne joue pas en général un rôle déterminant dans la conclusion du contrat, il intervient néanmoins de façon certaine, lorsqu'il s'agit d'apprécier les garanties de solvabilité du client. Le prix n'étant payable que par versements échelonnés dans l'avenir, le vendeur se préoccupe de savoir si l'acquéreur est à même de remplir ses obligations et ne contractera que s'il peut raisonnablement escompter une prompte exécution du contrat. Pour cette raison, la cession du contrat à un tiers, sans l'accord du vendeur, ne saurait être permise sans mettre en cause l'équilibre du contrat »⁵.

Il ne s'agit pas d'interdire la cession, mais de ne pas la dispenser du consentement du promoteur cédé. La possibilité de la cession s'infère explicitement d'une remarque de l'exposé des motifs : « D'ailleurs, si le cessionnaire est solvable, il n'y a pas à redouter que le vendeur refuse d'accorder décharge à l'acquéreur initial ». C'est d'ailleurs apparemment ce qui s'est produit dans notre espèce, même si nous n'avons pas le détail. En tout état de cause, le promoteur est intervenu à l'opération et sa validité n'est donc pas douteuse. Cette possibilité résulte simplement de la liberté contractuelle qui laisse libre cours à l'imagination des parties. La disposition insérée dans la loi française n'avait pas pour but de valider une opération nouvelle mais de dispenser cette opération de l'intervention du promoteur alors que son consentement, nous le reverrons, est fortement discuté vu sa qualité de cocontractant cédé. Par ailleurs, il n'est même pas certain que l'absence du promoteur n'ait totalement invalidé l'opération, il est plus probable qu'elle n'aurait eu d'incidence qu'en termes d'effets, spécialement de décharge du vendeur. La question est cependant plus large et nous y reviendrons plus loin.

Une seconde conséquence de la qualification doit en revanche être élucidée dès à présent, c'est la forme que doit revêtir le contrat. C'est sur ce point que le litige portait en pratique puisque, si un acte solennel était exigé, le contrat aurait été invalide et la clause pénale invoquée inexistante. Toutefois, la qualification de vente en état futur d'achèvement écartée et celle de cession de contrat retenue, les disposi-

tions impératives de l'article 1601-5 s'évanouissent et l'échange des consentements suffit. Ceux-ci ont été recueillis dans un acte sous seing privé parfaitement valide et l'acquéreur est lié. Le raisonnement est imparable.

Certaines questions subsistent cependant. Tout d'abord, l'exigence d'un acte notarié n'est pas innocente, et a pour fonction de protéger l'acquéreur face à un promoteur très puissant et dans un contrat où les aléas financiers ou de construction font courir d'importants dangers à des proies faciles. Or il n'est pas certain que le cessionnaire dans un contrat de cession de vente en état futur d'achèvement soit dans une situation très différente de celle d'un acquéreur initial. Certes, les travaux ont pu commencer et il peut alors mieux mesurer les caractéristiques du bien mais l'avancée peut-être très limitée et les risques structurels ne sont pas très différents. Dans ces conditions, une même protection est certainement opportune. L'exigence d'un nouvel acte notarié conduit cependant à de nouveaux frais, que l'acquéreur cessionnaire supporterait *in fine*. Dès lors, l'équilibre auquel le droit doit toujours tendre ne milite peut-être pas pour cette lourdeur supplémentaire.

Mais l'exclusion de l'application de l'article 1601-5 entraîne d'autres conséquences. L'exigence de l'obtention préalable des autorisations administratives est sans objet puisque, par hypothèse, elles ont dû être reçues pour la validité du contrat cédé. En revanche, la vente en état futur d'achèvement requiert un certain nombre de mentions énumérées à cet article; son exclusion dispense de les reproduire dans le contrat de cession. La difficulté est ici toutefois très théorique : si la cession n'a pas légalement à les mentionner, on voit mal comment elle pourrait ne pas détailler le contenu du contrat qu'elle cède, or ces mentions figurent dans le contrat cédé. Mais la solution n'est pas aussi évidente s'agissant des documents « en annexe ou par référence à des documents déposés chez un notaire » : plans de construction, notice descriptive, règlement de copropriété. Est-il certain que la nullité fulminée à l'avant-dernier alinéa puisse s'appliquer si ceux-ci étaient absents du contrat de cession? La participation du promoteur à la cession est ici plutôt un avantage puisque son intérêt n'est pas spécialement de libérer son premier acquéreur mais de sécuriser l'opération aux termes de laquelle il va en avoir un nouveau. Finalement, la question se pose pour la renonciation à la garantie d'achèvement que le dernier alinéa répute non écrite. Imaginons que la clause ne figure pas au sein du contrat initial de vente en état futur d'achèvement mais soit insérée dans la cession. On pourrait toujours objecter que la cession d'un contrat ne peut modifier le contrat cédé, sauf à ne plus être une cession. À cela, on peut opposer que la cession modifie en profondeur le contrat cédé puisqu'il substitue une partie nouvelle à l'un des deux cocontractants initiaux. Qui peut le plus peut le moins et on sait que des modifications mineures n'atteignent pas la substance du contrat. La question serait dès lors de savoir si la garantie d'achèvement est de l'essence du contrat en l'état futur d'achèvement ou, autrement dit, si elle atteint l'obligation essentielle du contrat. Seule la réponse positive assure la protection de l'acquéreur substitué. Cette réponse est probable, l'achèvement de la construction étant consubstantielle du contrat, la garantie d'achèvement y prend une place particulière.

Pour finir, qu'il nous soit permis de revenir au point de départ de cet exposé afin d'en mesurer la complexité. Eu égard à tous les éléments ou documents qui doivent figurer ou être annexés au contrat, leur analyse par l'acquéreur cessionnaire prend des allures de gageure. Il y a fort à parier qu'il ne lise pas tout, qu'il ne sache faire le départ de l'essentiel par rapport à l'accessoire... La présence du notaire avait pour but officiel de le permettre, ce qui n'est pas le cas ici. Faut-il revenir sur notre appréciation préalable et conclure que son absence est un dommage inacceptable pour le cessionnaire? Nous ne le pensons pas. En effet, le choix de son absence nous semble au contraire refléter que sa présence remplît une autre fonction. Au lieu d'être là pour éclairer l'acquéreur, qui par-delà les méandres du droit sait faire la différence entre deux ou trois pièces, parking couvert ou à l'air libre, toutes questions qui l'intéressent vraiment, le notaire n'est peut-être finalement que la garantie *a priori* d'une légalité de l'opération et d'un sérieux du cocontractant. La vérification faite une première fois lors de la vente initiale, il est inutile de la reproduire lors de sa cession.

Mais au-delà de ces questions concrètes, et il n'y a là aucun ordre de préséance, la solution adoptée par la Cour, tout comme la motivation sur laquelle elle repose, rejaillit sur la notion de cession de contrat et c'est sur cette construction que nous devons à présent porter notre attention.

Section 2. La fragilisation de la théorie générale de la cession de contrat

Un an avant l'arrêt commenté, la Cour de Luxembourg avait rendu une première décision en matière de cession de contrat⁶. Or les affirmations qu'y faisait la Cour se trouvent aujourd'hui, du moins certaines d'entre elles, directement ou indirectement remises en cause par ce nouvel arrêt de la même juridiction. Sans pour l'instant prendre position sur le bien-fondé de l'une ou l'autre des orientations, force est de constater que ce changement, surtout dans une matière peu appréhendée par le droit luxembourgeois, rend fragile toute tentative pour dégager une tendance synthétique. C'est en ce sens que nous parlons de fragilisation d'une théorie générale. Celle-ci se manifeste dans divers aspects, qu'il s'agisse de la nature de la cession de contrat ou de ses conditions. Les effets de la cession, à commencer par la libération du cessionnaire, sont totalement étrangers à notre décision et il convient donc de s'en tenir aux solutions dégagées en 2009.

§ 1. Au regard de la nature juridique de la cession

La nature juridique de la cession de contrat a fait couler beaucoup d'encre et continue de susciter des débats doctrinaux auxquels le juge participe de son côté⁷. Le premier travail approfondi est attribué à Charles Lapp en 1950⁸ mais c'est avec la désormais célèbre thèse de Laurent Aynès⁹ que le contour s'en est précisé en même

(6) Voir *supra*, note 3.

(7) Sauf à reproduire une bibliographie foisonnante, nous renvoyons à une présentation synthétique et aux références qu'elle contient : M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, P.U.F., 2009, pp. 480 et s.

(8) Ch. LAPP, *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier*, thèse Strasbourg, 1950.

(9) L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1983.

(5) Exposé des motifs au projet de loi relatif aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie en raison des vices de construction, *Doc. parl.*, n° 1637.

temps que la discussion franche s'est instaurée. Avec le premier s'est dessinée la spécificité de la cession de contrat comme mélange de cession de créance et de transport de dettes, la cession de contrat pouvant dépasser la somme des deux premiers. Le second a construit une théorie beaucoup plus radicale, dite objective, en ce qu'elle considère le contrat non plus comme un lien mais comme un bien, ce qui rend compte du phénomène de cession lui-même. En dépit de l'écho que cette thèse a obtenu, elle n'a pas emporté l'opinion dominante, la doctrine restant attachée à la conception subjectiviste, la personne du cocontractant ne pouvant s'effacer. Ces éléments se sont cristallisés principalement sur la question du consentement du cédé, sur laquelle nous reviendrons *infra*.

Aujourd'hui, les professeurs Aubert, Savaux et Flour distinguent trois types de cession de contrat selon les constructions théoriques qui en sont faites : les cessions de contrat internes (qui ne produisent d'effet qu'entre le cédant et le cessionnaire à l'exclusion du cédé), la cession imparfaite de contrat (qui lie le cédé mais qui requiert son consentement) et la cession parfaite de contrat (qui s'opère en dehors de l'intervention du cédé)¹⁰. La première catégorie ne présente pas d'intérêt pratique et ne correspond en rien aux faits de l'espèce. Il va de soi que le choix entre la deuxième et la troisième catégorie a partie liée avec les effets de la cession mais constitue aussi une analyse de la nature juridique de la cession. Toutes présupposent que l'institution a une nature unitaire, qui dépasse la dualité de la cession des créances et des dettes. Pourtant, nous verrons que la question demeure d'actualité.

En outre, des querelles terminologiques existent entre cession de contrat et substitution de cocontractant¹¹. La question est importante, puisqu'un flou entoure les termes et que la matière de la cession de la vente en état futur d'achèvement est particulièrement concernée. L'article 1601-4 du Code civil français parle de substitution et n'emploie pas le vocable de cession. L'arrêt commenté quant à lui utilise les deux, et il n'est pas le seul¹². La proposition de distinction d'Emmanuel Jeuland fait de la substitution un acte non translatif de droits, par lequel la personne substituée noue un rapport juridique nouveau avec le cocontractant, tandis que le cessionnaire dans la cession poursuit les droits du cédant. Sans discuter l'opportunité de la distinction, relevons seulement que certains auteurs considèrent explicitement que la cession de contrat n'a pas de caractère translatif et qu'elle engendre un nouveau contrat¹³.

Sans aller jusque-là, la Cour de Luxembourg ne semble pas loin de cette solution dans cet arrêt puisque, s'agissant du sort du passif, elle évoque « le transport de la dette intervenue » et « la novation par changement de débiteur »¹⁴.

(10) J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX et Y. FLOUR, « La cession de contrat », *Déférénois*, 2000, p. 811.

(11) E. JEULAND, « Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne », *D.*, 1998, chron. 356; S. RABY, « La substitution dans une promesse unilatérale de vente, une cession de contrat? », *P.A.*, 2003, n° 50, p. 12.

(12) Par exemple en France Cass. comm., 30 janvier 2007, pourvoi n° 06-10177.

(13) J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, « Les effets du contrat - Les obligations », in *Traité de droit civil* sous la direction de Jacques GHESTIN, L.G.D.J., 2001, n°s 1053 et s.

(14) La juxtaposition des deux expressions est troublante puisqu'elle laisse croire à l'existence de deux aspects

La novation implique extinction d'une obligation et création d'une nouvelle, donc l'absence de tout effet translatif¹⁵. Pourtant, la Cour ajoute immédiatement que les précisions à la cession (prix de vente global et échéances à courir, état des travaux, délai d'exécution et garantie d'achèvement) « ne font que reprendre et préciser dans l'intérêt des acquéreurs le contrat de base dans lequel ils sont substitués sans qu'un nouveau contrat de vente en état futur d'achèvement ne soit intervenu ».

Bref, la distinction proposée suppose un cantonnement de la cession de contrat sur laquelle il n'y a pas d'accord doctrinal et, sans surprise, les auteurs préfèrent marquer le lien de la substitution et de la cession, voire leur assimilation¹⁶.

Notre matière est, nous l'avons dit, particulièrement propice à cette dernière solution. Malgré la seule utilisation de la notion de substitution à l'article 1601-4 du Code civil français, cette figure est analysée comme une cession de contrat prévue par la loi. Dans notre espèce, la Cour fait de même avec la convention signée : « l'acquéreur qui renonce à son contrat, non seulement cède les constructions existantes et substitue le cessionnaire dans sa créance de construction contre le vendeur, mais lui transmet aussi sa dette de paiement du prix. Il y a dans un contrat réuni vente, cession de droit et cession de dette ».

Cette dernière citation manifeste parfaitement les hésitations qui se font jour concernant le caractère moniste ou dualiste de la cession. Ici, non seulement la Cour voit la cession comme une réunion de ces deux aspects, mais en outre elle en tire les conséquences les plus concrètes : nécessité du consentement du cédé dans la mesure où il y a transport invalide de dettes sans ce consentement (satisfait en l'espèce par l'intervention du cédé à l'acte), nécessaire respect des formalités de l'article 1690 pour la cession de créance¹⁷ (qui peuvent comme en l'espèce être remplacées par la participation directe à l'acte).

Cette tendance se retrouve également en jurisprudence française, comme en atteste de façon frappante un arrêt récent¹⁸. La Cour de cassation française n'y affirme pas moins « qu'une cession de portefeuille s'analyse en une cession de contrats, c'est-à-dire une cession de créances ». Ce n'est plus un simple rapprochement, mais une assimilation pure et simple¹⁹. Et les choses sont pires du côté de Bruxelles, puisque, en dépit d'une défense doctrinale²⁰, la ju-

distincts dans la convention, sans plus de précision. En effet, les deux expressions correspondent à des analyses différentes de la transmission du poids économique d'une dette et on ne voit pas pourquoi la Cour aurait voulu les mettre en parallèle.

(15) Il ne faut pas perdre de vue que la question sous-jacente, non évoquée ici mais pratiquement essentielle, est celle du sort des garanties de l'obligation originelle.

(16) J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, J. et Y. FLOUR, article préc.

(17) Relevons que l'arrêt de 2009 avait précisément exclu cette exigence en autonomisant la cession de contrat de la cession de créance qu'elle pouvait contenir.

(18) Cass., 1^{re} ch. civ., 5 février 2009, pourvoi n° 08-10, *Bull. civ.*, I, n° 23.

(19) Voir toutefois pour des nuances : Ch. MEZEN, « La cession de portefeuille est une cession de contrats soumise aux formalités de l'article 1690 du Code civil », *J.C.P.*, E., 2009, 2058.

(20) P. VAN OMMESLAGHE, *La transmission des obligations*, Bruylant, 1980, pp. 153 et s.; M. FONTAINE, « L'apport d'une branche d'activité et la cession des contrats », note sous Cass., 4 mars 1982, *R.C.J.B.*, 1984, p. 183; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence

risprudence n'a jamais abandonné cette conception dualiste²¹.

C'est dire que la conception dualiste conserve de fortes attaches, dont on peut se demander si elles sont liées avec l'attrait de la conception subjective. Pourtant, il nous semble que l'une et l'autre sont distinctes : il n'y a pas de contradiction à retenir le contrat comme lien et à envisager parallèlement sa cession comme un tout et non comme une juxtaposition de créances et de dettes, qui laisserait de côté la cession de position contractuelle, autrement dit la cession des droits potestatifs. Il n'est évidemment pas possible d'inférer une telle position de la Cour de Luxembourg qui n'avait pas à traiter ce point mais les formulations précitées qu'elle a employées ne sont guère rassurantes, à moins que la référence à la vente aux côtés des créances et des dettes ne soit celle au contrat qui coiffe ces deux éléments. La confusion est plus certaine en ce qui concerne les conditions de la cession de contrat.

§ 2. Au regard des conditions de la cession

Un point que la Cour ne traite pas directement mais qui s'infère de la solution en matière de cession de vente en état futur d'achèvement est que les conditions formelles de validité de la cession sont indépendantes de celles du contrat cédé. La solution présente une souplesse attrayante, mais deux remarques conduisent à suggérer une réflexion plus poussée sur ce point. Tout d'abord, relevons qu'il est d'ordinaire admis qu'un certain parallélisme des formes existe entre le consensus et le dissensus contractuel. Or la cession de contrat n'est certes ni l'un ni l'autre, mais entretient des relations avec les deux, ou du moins peut-être avec la naissance d'obligations et plus certainement l'extinction d'autres. Moins techniquement, l'exemple immobilier a montré que l'absence totale de formalités pouvait présenter des dangers pour le cessionnaire.

Les analyses relatives aux conditions de la cession sont plus classiquement orientées vers le problème du consentement du cédé. La Cour n'y fait pas exception, même si, en l'espèce, le problème ne se posait pas, puisque le cédé avait, de fait, participé à la cession. Pourtant, du fait de l'analyse de l'article 1601-4 du Code civil français qui dispense de ce consentement, la Cour explicite le droit positif luxembourgeois et intervient dans le débat. Elle le fait, d'une part, directement en déroulant une analyse juridique de l'opération, elle le fait aussi plus indirectement par référence aux travaux préparatoires luxembourgeois de la loi du 28 décembre 1976.

Directement d'abord, la Cour d'appel, on l'a vu, analyse la cession comme comportant un transport de dette. Elle en tire la conséquence que, comme tout transport de dette, elle requiert le consentement du créancier cédé. Ici, la force de l'affirmation dépend du lien que la Cour a voulu faire entre cession de contrat et de

(1974 à 1982) », *R.C.J.B.*, 1988, pp. 97-98; D. MATRAY, « La protection des tiers », *Act. dr.*, 1995, p. 171.

(21) Cass., 4 mars 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 798, note, *R.C.J.B.*, 1984, p. 175, note M. FONTAINE, *R.W.*, 1984-1985, col. 623, *J.T.*, 1983, p. 48, *R.G.E.N.*, 1983, p. 59. C.A. Mons, 23 janvier 1991, *R.D.C.*, 1991, p. 716. En dernier lieu P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Bruylant, 2010, t. III, n°s 1353 et s., spécialement n° 1372 qui cite Cass., 26 septembre 2003, *Pas. b.*, 2003, I, 1487.

dette. Si c'est aux termes de l'analyse du contrat que la Cour conclut qu'il comporte un transport de dette, le lien entre l'un et l'autre est accidentel et l'exigence de l'intervention du cédé ne vaut peut-être que lorsque la cession de contrat se complète de celle d'une dette. Cette interprétation peut se prévaloir de deux arguments. D'une part, la Cour d'appel n'affirme pas ce lien abstrait. D'autre part, la solution de l'arrêt serait plus compatible avec l'arrêt précité du 4 mars 2009 qui se tenait éloigné de l'exigence de l'intervention du cédé. Deux arguments militent toutefois en défaveur de cette solution. D'un côté, ceci conduit à refuser un régime juridique homogène à la cession de contrat et de toujours statuer au regard des questions posées dans l'espèce. De l'autre, cette vision est en contradiction avec le penchant affirmé des travaux préparatoires pour le consentement du cédé, que la Cour cite longuement.

C'est en effet indirectement que la Cour d'appel renforce l'exigence de l'intervention du cocontractant cédé à la cession de contrat. La citation qu'elle opère consiste dans un plaidoyer pour le refus luxembourgeois de consacrer la cession de vente en état futur d'achèvement en dehors du consentement du promoteur vendeur. Or les arguments de cette défense, que nous avons déjà cités, ont une portée qui dépasse ce seul cadre. Le raisonnement est en effet lié à l'*intuitu personae* : l'article 1601-4 du Code civil français, « n'est pas de nature à nuire aux vendeurs qui offrent des appartements à tous venants et ne contractent pas en considération de la personne de l'acquéreur ». Mais l'exposé des motifs poursuit en faveur de la solution inverse au Grand-Duché : « Si on peut admettre que l'*intuitu personae* ne joue pas en général un rôle déterminant dans la conclusion du contrat, il intervient néanmoins de façon certaine, lorsqu'il s'agit d'apprécier les garanties de solvabilité du client ». Là s'opère le renversement copernicien.

Apparemment, l'orientation prise par la Cour dans son arrêt précité de 2009 est respectée. Celui-ci énonçait, rappelons-le : « (...) la cession d'un contrat non basé sur la considération de la personne du cocontractant est libre, sauf si elle était exclue lors de la négociation du contrat initial. ». Or la Cour ne remet pas en cause cette affirmation et demeure donc dans la ligne originale dégagée par le juge luxembourgeois, à l'inverse de ses collègues belges et français. La signification générale n'en est toutefois pas moins totalement remise en cause par l'appréhension de l'*intuitu personae*. En effet, on en trouve la manifestation dès lors qu'un cocontractant doit « apprécier les garanties de solvabilité du client ». Le caractère exceptionnel de la situation, puisqu'en général il n'y a pas d'*intuitu personae*, est largement mis en cause par la fréquence concrète de sa survenance. L'exposant précise immédiatement sa pensée : « Le prix n'étant payable que par versements échelonnés dans l'avenir, le vendeur se préoccupe de savoir si l'acquéreur est à même de remplir ses obligations et ne contractera que s'il peut raisonnablement escompter une prompte exécution du contrat ». La préoccupation du vendeur se manifeste dès lors que le paiement doit intervenir dans l'avenir. Ce sont donc tous les contrats dans lesquels l'exécution n'est pas immédiate qui tombent sous ce coup, ce qui ne réserve pour le cas normal d'absence d'*intuitu personae* que, grossièrement, les contrats à exécution instantanée. Cette orientation est à l'en-

contre de toutes les réflexions modernes sur l'*intuitu personae*. On distingue en effet l'*intuitu personae* au sens large et au sens strict, le premier seul pouvant correspondre à la prise en compte de la solvabilité²². La décision de 2010 opérerait alors un glissement de la conception stricte retenue en 2009 à une conception large. Dans cette hypothèse, il faudrait au moins admettre, quoique l'arrêt n'en dise rien, que l'incessibilité en dehors de l'intervention du cédé ne vaudrait, en cas d'*intuitu personae* au sens large, que pour les cessions à titre particulier, à l'exclusion de la cession à titre universel, notamment en cas d'absorption du cédant par le cessionnaire.

Encore cette appréciation doit-elle être discutée. En effet, ce qui est en filigrane dans le raisonnement est que, dès lors qu'un cocontractant prend un risque financier, il cherche à le limiter en choisissant son cocontractant, ce qui confère au contrat son caractère *intuitu personae*. Or il est en fait exceptionnel que ce risque ne se présente pas, ne serait-ce que par le processus de formation du contrat qui n'est pas lui-même instantané pour tous les contrats d'une certaine importance. Ce ne sont que dans ces cas finalement exceptionnels que le principe de la libre cession des contrats, dégagé en 2009, trouverait à s'appliquer. Ainsi, abstraitement inchangé, le principe serait aujourd'hui pratiquement vidé de sa substance.

Si cette analyse nous semble imparable, il est vrai qu'elle ne vaut à coup sûr que pour la prise de position du gouvernement qui présentait le projet de loi à la Chambre des députés et, par extension peut-être, pour la volonté du législateur qui a consacré la solution ainsi recommandée. La question reste ouverte de savoir si, en la citant, la Cour a ou non voulu faire sienne cette appréciation. Dans la seconde option, il est possible que le cap de 2009 soit gardé. La confrontation des faits des deux espèces est éclairante sur ce point. En effet, en 2009, il s'agissait de la cession par un agent immobilier d'une option d'achat; autrement dit, l'agent immobilier désigné pour réaliser la vente d'un bien s'en était substitué un autre. Le cessionnaire, pas plus que le cédant, ne devait alors d'argent au cédé, c'est au contraire lui qui devait le rémunérer, mais devait fournir une prestation. La Cour s'était d'ailleurs interrogée sur cette prestation et avait conclu qu'elle n'impliquait pas d'*intuitu personae*. La Cour y affirmait : « S'il est vrai que le mandat, en raison de la représentation qu'il engendre, est un contrat où la confiance entre les parties est particulièrement grande et que sa qualification de contrat *intuitu personae* ne fait pas de doute, la considération de la personne est plus ou moins atténuée dans d'autres conventions telles que le contrat d'entreprise, surtout s'il s'agit d'un contrat à durée limitée où les prestations de l'agent, doté d'aucun pouvoir de représentation de son client, dépendent moins de ses qualifications personnelles que de la demande du marché ». Elle concluait que le contrat d'agent immobilier n'impliquait pas cette considération. Nous sommes loin de l'appréciation financière évoquée par les travaux préparatoires.

L'interprète se trouve ici face à un dilemme dans la mesure où la détermination du statut de

la citation des travaux préparatoires présente un caractère divinatoire. Devant l'impossibilité de dégager le raisonnement du juge, nous nous référons volontiers aux directives de Ronald Dworkin qui fait de l'interprétation la recherche de l'image la plus belle du droit²³. Or sous cet angle, aucun doute n'est permis. Si nous voulons limiter les divergences entre les deux arrêts de 2009 et 2010, d'autant plus surprenantes que ces arrêts sont les deux seuls connus en matière de cession de contrat au Luxembourg, il faut évacuer la position du législateur du raisonnement du juge. Dès lors, admettons que l'arrêt de 2010 ne nous dit absolument rien sur cette question du consentement du cédé, question hors débat puisqu'en l'espèce celui-ci avait incontestablement participé à l'opération, le seul problème juridique consistant dans l'exigence ou non du respect des formalités de l'article 1601-5.

Au moment de conclure, l'appréciation de la décision est extrêmement délicate. Elle apparaît somme toute assez orthodoxe, s'agissant de la cession de vente en l'état futur d'achèvement. En revanche, ses prises de position sont problématiques au regard de la théorie générale de la cession de contrat. Sur de nombreux points, la Cour semble revenir sur les positions qu'elle avait affirmées un an plus tôt. Si certaines positions de 2009 étaient contestables, elles avaient au moins le mérite de la clarté. Cette nouvelle pierre s'intègre mal dans le temple de la cession de contrat dont les fondations venaient d'être terminées.

Une conciliation pourrait à première vue être recherchée dans la distinction du général et du spécial. Loin de se contredire, la Cour aurait en 2009 statué en droit commun tandis qu'elle intervient aujourd'hui dans la matière spéciale de la vente en état futur d'achèvement. Il est vrai que ce dernier contrat est réglementé, tandis que l'option d'achat (ou de vente) en cause dans le précédent arrêt ne l'est pas. Mais la cession de la vente en état futur d'achèvement n'est, elle, absolument pas prévue et elle ne peut donc être régie que par le droit commun, sauf aménagement particulier dont le juge aurait par souci de cohérence à s'expliquer. La confusion est peut-être venue de ce que le juge, après le législateur luxembourgeois, s'est situé par rapport à l'article 1601-4 du Code civil français au lieu de prendre à bras le corps le lien avec la jurisprudence au sein de laquelle il s'inscrit.

Une autre interprétation consisterait à voir dans cet arrêt une totale rupture avec son aîné. Une telle volte-face en un an serait cependant surprenante. Le silence des juges en 2010 sur l'arrêt de 2009, par contraste avec la citation de certaines décisions françaises, trouverait toutefois alors son explication dans le souhait de le voir tomber dans les oubliettes de la mémoire. Il nous semble pourtant que ce serait peu respectueux de la Cour elle-même et nous nous refusons à ce jeu.

David HIEZ

Professeur à l'Université du Luxembourg

(23) R. DWORIN, *L'empire du droit*, trad. E. Soubrenie, P.U.F., 1994. B. FRYDMAN, *Le sens des lois - Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 2^e éd., Bruylant, 2007.

(22) Voir par exemple en dernier lieu : P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, op. cit., t. I, n^{os} 70-71.