

Réflexions croisées  
**LE RÉGIME GÉNÉRAL DES OBLIGATIONS,  
 CIMENT DU DROIT PRIVÉ ?**

113

M E N S U E L

Mars

2014

**Éclairages**

28 Requiem pour l'hypothèque rechargeable

*Par Charles GIJSBERS*50 L'efficacité de la protection du conjoint  
du locataire : mise à l'épreuve  
jurisprudentielle*Par Vivien ZALEWSKI-SICARD***Réflexions croisées**63 Le régime général des obligations, ciment  
du droit privé ?*Par Lionel ANDREU**Hélène AUBRY**Cécile CHABAS**Et Fabrice GRÉAU**Antoine HONTEBEYRIE**Pierre-Grégoire MARLY**Denis MAZEAUD**Pauline PAILLER**Philippe THÉRY***Chroniques**

110 Actes courants de la pratique notariale

*Par Philippe BRUN**Arnaud DUBOIS**Et Sébastien PIMONT*

119 Droit des biens

*Par Béatrice PARANCE**Et Vincent PERRUCHOT-TRIBOULET*

Wolters Kluwer

France

## Actes courants de la pratique notariale (janvier 2013 – janvier 2014)

Cette nouvelle chronique biannuelle ambitionne de proposer aux lecteurs de la *Revue Lamy Droit civil* une synthèse de l'actualité jurisprudentielle et législative dans le domaine de ce qu'il est convenu d'appeler les actes courants de la pratique notariale, c'est-à-dire pour l'essentiel le droit de la vente immobilière et des contrats et mécanismes qui y sont liés (sûretés, droit du crédit immobilier) ainsi que les obligations assumées par le notaire dans le cadre de cette pratique. La présente chronique couvre la seconde partie de l'année 2013 et le tout début de l'année 2014.



### Par Philippe BRUN

*Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Savoie,  
Directeur,  
Enseignant au Centre de formation professionnelle notariale de Paris*



### Arnaud DUBOIS

*Notaire à Maisons-Laffitte,  
Enseignant au Centre de formation professionnelle notariale de Paris*



### Et Sébastien PIMONT

*Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Savoie,  
Doyen,  
Enseignant au Centre de formation professionnelle notariale de Paris*

→ RLDC 5369

### I – ACTUALITÉ (PRÉ)LÉGISLATIVE : L'AVANT-PROJET DE RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS

1 – Fin de l'Arlésienne ? – Véritable serpent de mer, maintes fois annoncée et maintes fois repoussée, la réforme du droit des obligations semble désormais susceptible d'intervenir à brève échéance : un projet de loi d'habilitation du gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance est en tout cas en examen devant le Parlement à l'heure où ces lignes sont écrites, et un avant-projet de réforme du droit des obligations de la Chancellerie daté du 23 octobre 2013 vient d'être porté à la connaissance du public (par sa publication sur le site du journal *Les Échos*). Il ne saurait évidemment être question ici d'en faire un commentaire général, et l'on se bornera à signaler les quelques innovations notables que le projet comporte, relativement au domaine ici étudié.

2 – Dans l'ordre des généralités, d'abord, on tirera quelques enseignements des dispositions préliminaires, consacrées essentiellement à des définitions : le maintien de la catégorie des contrats réels (*Avant-projet Chancellerie*, oct. 2013, art. 7 al. 3), le parti adopté en faveur de la théorie de la réception, tant en ce qui concerne le moment que le lieu de formation du contrat

(*Avant-projet Chancellerie*, oct. 2013, art. 22). C'est aussi et surtout la sous-section 3 de ce premier chapitre qui retient l'attention, en ce qu'elle se rapporte à la promesse unilatérale et au pacte de préférence.

À vrai dire, on avoue ressentir quelque déception à la lecture des articles 24 et 25. À supposer que des dispositions sur les avant-contrats s'imposent, on comprend assez mal le parti adopté de s'en tenir à la promesse unilatérale et au pacte de préférence. Pourquoi ne pas envisager aussi, notamment, l'accord de principe et la promesse synallagmatique ? Quant au contenu des articles 24 et 25, il laisse également dubitatif. Quitte à faire entrer la promesse unilatérale et le pacte de préférence dans les dispositions préliminaires d'un sous-titre consacré au contrat, il eût sans doute été souhaitable de ne pas s'en tenir à l'écume des choses, et à régler si possible les questions essentielles que ces figures contractuelles suscitent en pratique. Or on peine à se convaincre que la problématique de la promesse unilatérale puisse se limiter à la question de sa réalisation forcée (même si cette question est effectivement à considérer), tout comme on s'étonne de ne pas voir trancher, s'agissant du pacte de préférence, des questions aussi importantes que celle de sa durée (singulièrement lorsque aucun délai n'est conventionnellement prévu)...



3 – D'autres dispositions pourraient être citées, qui concernent la formation du contrat, et notamment les vices du consentement. La plupart ne font en réalité qu'intégrer des évolutions jurisprudentielles acquises (par exemple le caractère toujours excusable de l'erreur provoquée par le dol : *Avant-projet Chancellerie*, oct. 2013, art. 46). Certaines sont plus inattendues, telle la consécration de l'abus de faiblesse par l'article 50 (« Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cet état de faiblesse »), qui apparaîtra sans doute à certains comme une conquête de l'idée de justice contractuelle et à d'autres comme une redoutable arme d'insécurité juridique.

4 – On notera aussi les dispositions (à droit constant, semble-t-il) sur la capacité de contracter (*Avant-projet Chancellerie*, oct. 2013, art. 52 et s.) et les précisions bienvenues sur la représentation (art. 60 et s.), la disparition de la cause (mais le terme *contrepartie* apparaît à plusieurs endroits), qui fera sans doute plus gloser à l'école que dans les études notariales... Plus considérable à n'en pas douter est l'admission (mesurée) de la révision pour imprévision (*Avant-projet Chancellerie*, oct. 2013, art. 104), subordonnée à ce que la poursuite de l'exécution soit devenue trop onéreuse pour une partie, et palliée en cas d'échec de la renégociation par une adaptation par le juge du contrat (si les parties le sollicitent d'un commun accord).

5 – La réforme concernerait également le régime de l'obligation, avec un toilettage dont on retiendra notamment le renversement entre le principe et l'exception s'agissant des effets de la condition suspensive, l'article 160 du projet optant pour l'absence d'effet rétroactif de la condition suspensive, sauf clause contraire. On relèvera enfin pour terminer l'heureuse modification de l'actuel article 1690, l'article 236 du projet évinçant l'exigence de signification ou d'acceptation du débiteur dans un acte authentique pour s'en tenir à l'exigence d'un écrit.

On ne manquera sans doute pas de revenir de manière plus précise dans les livraisons à venir de cette chronique sur les évolutions et, on peut l'imaginer, sur la version finale de ce serpent de mer. À moins que celui-ci ne plonge une fois encore pour une période de gestation législative...

Ph. Brun

## II – AVANT-CONTRATS

6 – **Du consentement à la promesse et du consentement à la vente.** – Voilà plus de vingt ans que la fameuse jurisprudence *Cruz* (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 15 déc. 1993, n<sup>o</sup> 91-10.199, Bull. civ. III, n<sup>o</sup> 174) a ravalé la promesse unilatérale au rang des engagements rétractables moyennant versement de dommages et intérêts. Et si la solution est constante, au grand dam de la majorité des auteurs et – nous a-t-il semblé – de l'unanimité des praticiens, la motivation et le visa qui l'accompagnent n'ont pas manqué de varier assez sensiblement. En effet, après avoir entendu l'asseoir sur une interprétation littérale de l'article 1142 du Code civil, la Haute juridiction se tourne désormais plus volontiers vers d'autres fondements textuels plus ou moins inattendus, tel l'article 1134, ou, comme dans un arrêt rendu le 12 juin 2013 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 juin 2013, n<sup>o</sup> 12-

19.105), ce texte étant visé entre l'article 1101 et l'article 1583 du Code civil. De la suppression de toute référence à l'article 1142, on retiendra, dans une perspective pratique, qu'il peut y avoir lieu de changer la formulation des clauses de réalisation forcée dérogeant à la jurisprudence *Cruz*, dont la validité a été implicitement admise par la Cour de cassation (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 27 mars 2008, n<sup>o</sup> 07-11.721, RLDC 2009/58, suppl., n<sup>o</sup> 3363, obs. Jacques Ph., RDC 2008, p. 734, obs. Mazeaud D., RDC 2009, p. 143, obs. Brun Ph.), et qui sont souvent libellées comme portant une dérogation à l'article 1142. Plus que jamais, une telle clause doit être dénuée de toute ambiguïté, et permettre clairement la réalisation forcée, sans désormais nulle allusion à l'article 1142.

7 – L'autre enseignement, plus académique *a priori*, mais sans doute pas moins important, est à tirer du visa, inédit à notre connaissance pour régler cette question, de l'article 1583. Un visa qu'il ne faut pas manquer de mettre en parallèle avec la motivation. Si comme le dit encore une fois la Haute juridiction, c'est parce que la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant exclut « toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir » que la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée, c'est donc pour des motifs qui tiennent à l'imperfection du contrat de vente, et non pour une qualité qui ferait défaut à la promesse. Postulant une totale autonomie de la promesse unilatérale par rapport à la vente qu'elle doit permettre de former, on intègre du même coup la nécessité d'une réitération par le promettant du consentement pourtant donné irrévocablement en principe lors de la conclusion de la promesse.

8 – Et puisque l'on tient ce raisonnement pour la promesse unilatérale, il n'y a pas de raison de ne pas le tenir, au moins dans une certaine mesure, lorsque la promesse est synallagmatique. Et c'est bien ainsi en effet qu'il faut comprendre les arrêts admettant que la clause de réitération peut n'être pas un terme suspensif mais une véritable condition, la jurisprudence admettant que les parties puissent faire de la réitération une condition de formation de la vente, comme l'a admis récemment la Haute juridiction (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 10 sept. 2013, n<sup>o</sup> 12-22.883), voire, selon une autre formulation pour le moins étonnante et néanmoins récurrente, un « élément de leur consentement » (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 juin 2012, n<sup>os</sup> 10-22.906 et 10-23.912 ; v. déjà, parmi d'autres, Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 mai 1997, n<sup>o</sup> 95-20.098, Bull. civ. III, n<sup>o</sup> 123, D. 1999, somm., p. 11, obs. Brun Ph.)... Toute la problématique du périmètre de la réalisation forcée des avant-contrats de vente immobilière est scandée par cette conception éminemment discutable d'un consentement à double détente : lors même que le consentement donné par le promettant lors de la conclusion de la promesse unilatérale est censé donné une fois pour toutes, la troisième chambre civile exige sa réitération lors de la levée de l'option ; lors même que la promesse réciproque de vendre et d'acheter est censée impliquer un consentement des deux parties à la vente dès le stade de la promesse, la Haute juridiction admet que la clause dite de réitération puisse imposer non seulement une réitération de l'acte, mais également une réitération du consentement. Et l'on a beau jeu de constater en pareilles circonstances, lorsque l'une des parties s'est dérobée à son engagement en ne procédant pas à la réitération, que la promesse est devenue caduque faute d'éléments propres à démontrer que le promettant versatile a renoncé à s'en prévaloir, ainsi que l'admet par exemple la première chambre civile dans

un arrêt récent (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 nov. 2013, n° 12-14.743). On nous concédera qu'il y a dans cette atomisation de la volonté contractuelle de quoi déstabiliser plus d'un juriste.

Ph. Brun

**9 – Délai de rétractation de la loi Solidarité et renouvellement urbains** : inefficacité de la notification envoyée par un courrier unique à deux époux acquéreurs. – Le délai de rétractation instauré par l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation (L. n° 2000-1208, 13 déc. 2000, JO 14 déc. 2000, dite loi SRU) au profit de l'acquéreur non professionnel d'un bien immobilier à usage d'habitation a suscité de nombreuses questions et interrogations qui ne sont pas, et de loin, toutes tranchées. Les questions les plus difficiles touchent à la nécessité ou non, lorsqu'un élément du contrat est modifié, de purger à nouveau ce droit de rétractation. À cet égard, la Cour de cassation (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 sept. 2007, n° 06-17.187) n'impose de purger à nouveau ce délai qu'en cas de « *modification substantielle* », notion qui devra être appréciée au cas par cas par le praticien en s'interrogeant sur le point de savoir si la modification est de nature à remettre en cause la volonté d'acheter de l'acquéreur. Le caractère subjectif du critère déclenchant une nouvelle purge n'est évidemment pas un élément de sécurité juridique !

**10 – Or**, les conséquences d'une purge non réalisée ou mal faite sont dramatiques pour le vendeur : l'acquéreur peut jusqu'au dernier moment se dégager de toute obligation. Un arrêt du 4 décembre 2013 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 4 déc. 2013, n° 12-27.293) illustre cette conséquence, en rappelant que la notification réalisée au titre de ce délai de rétractation ne peut être envoyée par un courrier unique adressé à deux époux acquéreurs mais doit être adressée séparément à chacun des époux. Par acte sous seing privé du 14 octobre 2004, des vendeurs ont vendu à des époux, sous les conditions suspensives d'usage, notamment celle de l'obtention d'un prêt, une maison à usage d'habitation. La vente devait être réitérée par acte authentique au plus tard le 15 janvier 2005. Les conditions suspensives réalisées, les acquéreurs (semble-t-il pour des raisons de séparation conjugale) refusent de signer la vente. Ils tirent argument du fait que la notification réalisée en application de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation avait été réalisée par un courrier unique adressé aux deux époux acquéreurs et que seul l'époux avait signé l'avis de réception postal. La cour d'appel de Colmar, le 20 février 2009, admet la régularité de cette notification faite à des époux acquéreurs solidaires dans la mesure où il n'était pas contesté qu'à la date de la notification, les époux acquéreurs vivaient encore à l'adresse à laquelle elle avait été notifiée.

**11 – Cet arrêt est censuré** par la Cour de cassation (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 9 juin 2010, n° 09-15.361, RDC 2010, p. 1315, obs. Brun Ph.), qui précise que « *lorsque la notification prévue à l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation a été effectuée non par lettres distinctes adressées à chacun des époux acquéreurs, mais par une lettre unique, libellée au nom des deux, elle ne peut produire effet à l'égard des deux que si l'avis de réception a été signé par chacun des époux ou si l'époux signataire était muni d'un pouvoir à l'effet de représenter son conjoint* ». On notera en pratique que personne n'a jamais vu un facteur demander deux signatures sur un avis de réception ! La cour d'appel de renvoi cherche manifestement à sauver l'avant-contrat et condamne les acquéreurs. Son argumentation est fondée sur l'idée que si la noti-

fication doit bien être faite à chaque époux, c'est parce que chacun possède un droit personnel de se rétracter, de sorte que l'époux ne pouvait se prévaloir de l'irrégularité de la notification destinée à son épouse. L'argument est sérieux et était discuté à l'époque de la signature de l'avant-contrat. Est-il nécessaire de purger le délai de rétractation séparément auprès de chaque époux ? Plus particulièrement s'ils sont communs en biens, l'achat réalisé par l'un d'entre eux engage la communauté et, dans cette perspective, la question de savoir si la rétractation de l'un entraîne rétractation de l'autre semble avoir une réponse négative.

**12 – L'arrêt du 4 décembre 2013** répond clairement à cette question et casse l'arrêt de la cour d'appel de Metz, en indiquant que l'exercice par l'épouse « *de son droit de rétractation avait entraîné l'anéantissement du contrat* ». Et de préciser que la notification faite aux deux époux n'ayant pas été valable pour l'épouse, le délai de rétractation n'avait pas couru à son encontre et celle-ci avait pu l'exercer valablement. Enfin, la Cour de cassation enfonce le clou en indiquant que « *lorsque les époux se sont conjointement, fût-ce solidairement, engagés à acquérir un bien, chacun d'eux a qualité pour se prévaloir de la rétractation de l'autre* ». On notera à cet égard que la Cour ne tire jamais argument du régime matrimonial des époux et que la solution semble valable quel qu'il soit et semble même pouvoir être étendu à tous les coacquéreurs solidaires, même non mariés. Aucun doute n'est permis, il est impératif de purger le délai de rétractation séparément auprès des époux acquéreurs et, subsidiairement, il est inutile d'alourdir les actes avec des grands tableaux indiquant l'effet d'une rétractation à l'égard des éventuels coacquéreurs solidaires : la rétractation de l'un entraîne rétractation des autres.

Arnaud Dubois

## III – CRÉDIT IMMOBILIER

**13 – L'application de l'article 1178 du Code civil à l'acquéreur emprunteur.** – La fameuse condition suspensive légale de la loi Scrivener (L. n° 78-22, 10 janv. 1978, JO 11 janv. 1978) a parfois été critiquée, en ce qu'elle offrirait à l'acquéreur emprunteur versatile une échappatoire bien commode. L'examen de la jurisprudence montre cependant que les ressources de l'article 1178 du Code civil (réputant accomplie la condition dont le débiteur, obligé sous cette condition, a empêché l'accomplissement) peuvent fournir un sérieux contre-feu aux éventuelles tentatives de diversion de l'acquéreur. Plusieurs arrêts récents l'illustrent, et l'un d'eux manifeste même une rigueur assez inattendue et peut-être excessive. On ne sera pas outre mesure surpris de voir la Cour de cassation admettre que soit sanctionné sur le fondement de l'article 1178 l'acquéreur emprunteur qui fait demander un prêt par une société civile immobilière alors que la promesse stipulait que l'acquéreur était une personne physique et qu'il n'est pas soutenu qu'il ait été fait usage de la faculté de substitution (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 27 févr. 2013, n° 12-13.796). Et l'on doit admettre également que, à l'inverse, l'acquéreur emprunteur qui, sachant – aux dires de l'établissement de crédit – que le prêt qu'il sollicite ne pourra être accordé que si la demande en est faite par le biais d'une société civile immobilière, fait néanmoins une demande en tant que personne physique, s'expose aux foudres de l'article 1178 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 févr. 2013, n° 12-13.760). Ces décisions s'inscrivent peu ou prou, avec d'autres



(v. par exemple Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 sept. 2012, n<sup>o</sup> 11-23.282, demande de prêt faite le jour de l'expiration du délai ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 janv. 2013, n<sup>o</sup> 11-26.557, prêt demandé supérieur au montant indiqué dans la promesse), dans la logique de sanction des comportements manœuvriers ou à tout le moins négligents de l'emprunteur.

**14** – On est beaucoup plus circonspect sur les mérites de la solution retenue par la troisième chambre civile dans un arrêt du 20 novembre 2013 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 20 nov. 2013, n<sup>o</sup> 12-29.021), promis à la publication au *Bulletin*. En l'espèce, des acquéreurs avaient signé une promesse de vente sous condition de l'obtention d'un prêt au taux maximal de 4,75 %. Essuyant un refus de la banque sollicitée, ils notifient leur renonciation à acquérir. Mais le vendeur les assigna pour faire dire qu'ils n'avaient pas satisfait à leurs obligations contractuelles et que la condition *Scrivener* devait être réputée accomplie. Il était fait grief aux emprunteurs d'avoir demandé un prêt à un taux de 4,20 %, et donc inférieur au taux prévu par la promesse. Les juges du fond avaient refusé de suivre cette argumentation, mais leur décision est censurée par la Haute juridiction, qui leur reproche de n'avoir pas tiré les conséquences légales de leurs constatations, dont il résultait que le prêt avait été sollicité à un taux ne correspondant pas aux caractéristiques de la promesse.

**15** – Une telle décision paraît surprenante à double titre. Sur un plan très pratique, d'abord, on s'explique assez mal que pareil scénario puisse survenir, dans la mesure où la question du taux est censément réglée d'un commun accord avant que l'établissement de crédit ne fasse connaître son acceptation ou son refus, lesquels ne sont pas motivés en principe par le taux retenu... Ensuite et surtout, à supposer que ce schéma puisse prévaloir, on ne comprend pas très bien comment, en l'espèce, on a pu considérer que la différence de taux justifiait la sanction de l'article 1178, dans la mesure où le taux indiqué dans la promesse était un taux maximal de 4,75 %. Au reste, l'usage n'est guère, nous semble-t-il, d'indiquer un taux minimal... Et l'on voit bien, les deux observations se rejoignent, que l'indication du taux dans la promesse n'a, en principe, d'autre objet que de protéger l'acquéreur en le prémunissant contre une contrainte dans laquelle il se trouverait, pour ne pas faire défailir la condition, d'accepter une offre à un taux exorbitant. Si l'on ne peut pas donner tort à la Cour de cassation d'user ainsi de la sanction de l'article 1178 pour canaliser le comportement de l'acquéreur emprunteur, on peut se demander si ce dernier arrêt ne manifeste pas quelque excès dans le recours à ce texte.

Ph. Brun

## IV – PUBLICITÉ FONCIÈRE

**16** – L'émergence d'un système d'interprétation objective du droit de la publicité foncière. – Il aura donc fallu plus de quarante ans pour que le mécanisme de la publicité foncière s'affranchisse de la tutelle de la clause générale de responsabilité, et qu'ainsi rendu « *moralement aveugle* », il devienne « *plus efficace* » (Carbonnier J., *Droit civil*, t. 2, Les biens, Les obligations, PUF, coll. *Quadrige*, 1<sup>re</sup> éd., 2004, n<sup>o</sup> 777). On sait que la mauvaise foi du second acquéreur, qui connaît l'existence d'une première aliénation, n'a plus d'effet sur l'opposabilité aux tiers de l'acte publié ; la chronologie s'impose à la morale. Une telle solution, de nouveau appliquée par un arrêt de la troisième chambre civile, semble aujourd'hui entendue (A). Dans son prolongement, un véritable petit système d'interprétation

objective du droit de la publicité foncière semble même émerger. Deux arrêts récents de la première chambre civile peuvent s'y agréger ; ils portent sur les conséquences pour le notaire rédacteur de l'acte de l'inopposabilité aux tiers d'un acte non publié. Même s'il en existe un, au visa des articles 1382, ensemble, l'article 3 de la loi du 25 ventôse an XI, la première chambre civile de la Cour de cassation juge que « *le notaire ne peut refuser d'instrumenter* » (B) ; ce qui conduit finalement à s'interroger sur les actions dont dispose (encore) le premier acquéreur dont l'acte est ainsi inopposable (C).

### A – Indifférence de la mauvaise foi du second acquéreur

**17** – La solution d'un arrêt du 19 juin 2012 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 juin 2012, n<sup>o</sup> 11-17.105, *Defrénois* 2012, art. 40607, obs. *Piedelièvre S.*, *AJDI* 2013, p. 302, note *Cohet-Cordey F.*) n'impose qu'un rappel. Les faits étaient simples : une commune cède deux fois, à trois ans d'intervalle, une même parcelle à deux personnes différentes : X puis Y ; il n'est dressé acte authentique que de la seconde vente qui, en dépit de l'existence de la première, est publiée et enregistrée. Afin de pallier l'absence de publication et d'échapper à l'inopposabilité qui en découle par l'application de l'article 30, 1, du décret n<sup>o</sup> 55-22 du 4 janvier 1955 (JO 7 janv. 1955), le premier acquéreur arguait de la connaissance par le second de la première promesse ainsi que de l'accomplissement de diverses manœuvres, manifestement convaincantes, destinées à décider la commune à lui céder la parcelle litigieuse. Une telle démonstration, reposant sur la prise en compte du comportement du second acquéreur, ne convainc pas la cour d'appel de Grenoble qui repousse la demande en annulation de la vente et en réparation du préjudice subi par le premier acquéreur. En dépit de sa sévérité, une telle solution sera validée par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, qui rejette le pourvoi en jugeant qu'« *ayant relevé que la première promesse synallagmatique signée par M. X n'avait pas été publiée et qu'en dépit de cette promesse, la commune avait vendu l'immeuble à M. Y et retenu que celui-ci avait fait procéder le 3 mai 2000 à la publication de l'acte authentique de vente, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à des recherches que ses constatations rendaient inopérantes, a pu déduire de ces seuls motifs, sans statuer par voie de disposition générale, que la mauvaise foi du second acquéreur était sans influence sur la validité de l'acte publié et que la promesse synallagmatique (...) n'était pas opposable à M. Y* ».

**18** – Dans la jurisprudence de la Cour de cassation, une rengaine semble naître : la mauvaise foi du second acquéreur est sans influence sur l'opposabilité (plutôt que la validité) de l'acte publié. Évidemment, cela n'a pas toujours été le cas. On se souvient qu'au visa de l'article 1382 du Code civil, la Cour de cassation a longtemps imposé un correctif moral à l'application de la publicité foncière : la prise en compte de la mauvaise foi du second acquéreur (la connaissance d'une première aliénation) permettait de ne pas tenir compte de la publication de son droit. Ainsi jugeait-elle que « *l'acquisition d'un immeuble en connaissance de sa précédente cession à un tiers, est constitutive d'une faute qui ne permet pas au second acquéreur d'invoquer à son profit les règles de la publicité foncière* » (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 30 janv. 1974, n<sup>o</sup> 72-14.197, *Bull. civ. III*, n<sup>o</sup> 50, *Defrénois* 1974, art. 30631, p. 637, obs. *Goubeaux G.* ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 22 mars 1968, D. 1968, jur., p. 412, note *Mazeaud J.*, *RTD civ.* 1968, p. 564, obs. *Bredin J.-D.*). Une telle neutralisation des effets de la publicité foncière, alors « *mal aimée* » (*Gobert M.*, in *Études*

offertes à Jacques Flour, Defrénois, 1979, p. 207 et s.), permettait de donner toute sa mesure aux effets du transfert de propriété *solo consensu* ; la faute venant en quelque sorte au secours du consentement afin qu'il produise effet à l'égard des tiers (v. Carbonnier J., Droit civil, t. 2, Les biens, Les obligations, op. cit.).

19 – Annoncée par un premier arrêt du 10 février 2010 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 10 févr. 2010, n° 08-21.656, Bull. civ. III, n° 41, Defrénois 2010, art. 39116, note Gravillou J.-A., Defrénois 2010, art. 39123, obs. Piedelièvre S., JCP N 2010, 1146, note Lamiaux S., RDC 2010, p. 895, nos obs.), confirmée par plusieurs autres depuis (v. notamment, Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 janv. 2011, n° 10-10.667, Bull. civ. III, n° 5, Defrénois 2011, art. 39211, note Grimaldi C., Defrénois 2011, art. 40178, obs. Piedelièvre S., D. 2011, p. 851, note Aynès L., RTD civ. 2011, p. 158, obs. Crocq P., RTD civ. 2011, p. 369, obs. Revet T., LEDC, mars 2011, n° 6, obs. Dehayes O.), une solution différente est aujourd'hui retenue par la Cour de cassation ; celle précisément qu'applique notre arrêt. Cette solution repose sur une *interprétation stricte et mécanique* de l'article 30, 1, du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955, qui dispose que « les actes et décisions judiciaires soumis à publicité par application du 1<sup>o</sup> de l'article 28 sont, s'ils n'ont pas été publiés, inopposables aux tiers qui, sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés ». En résultat : un compromis non publié est inopposable aux tiers même s'ils en connaissaient l'existence (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 10 févr. 2010, n° 08-21.656, précité). Techniquement, à l'égard de ce dernier, le droit réel concurrent n'existe pas ; il peut donc en ignorer l'existence ; ce qu'est l'inopposabilité (v. Malaurie Ph., Aynès L. et Crocq P., Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, Lextenso éditions, 7<sup>e</sup> éd., 2013, n° 647).

20 – C'est ainsi que le mécanisme administratif du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 tient en respect les notions fondamentales du droit civil : le *consentement* (c'est le principe même d'un tel mécanisme d'opposabilité) ainsi que la *faute* (ce qui touche à la portée de l'opposabilité). Corrélativement, une solution ancienne et rigoureuse revient à l'ordre du jour ; selon la Chambre civile de la Cour de cassation, « celui qui achète un immeuble qu'il savait vendu antérieurement à un tiers et qui fait transcrire son titre le premier ne commet aucune fraude en profitant d'un avantage offert par la loi elle-même à l'acquéreur le plus diligent » (Cass. civ., 7 déc. 1925, DP 1926, I, p. 185, note crit. Savatier R.). Même si elle choque, du fait de son automaticité, une telle interprétation – *maximaliste et objective* – du droit de la publicité foncière présente d'indéniables avantages (v. Gobert M., précité, spéc. p. 223 et s. ; pour un plaidoyer contre une telle interprétation, v. de Bertier-Lestrade B., Retour sur la mauvaise foi dans les règles de publicité foncière et les règles de conflits d'actes, D. 2011, p. 2954). Elle neutralise les effets délétères pour la sécurité des transactions de l'exaltation de la volonté consacrée depuis 1804 par un droit civil français pétri de rationalisme juridique. Ainsi, la publicité est réellement un « *facteur de sécurité juridique* » (Ghestin J., Loiseau G. et Serinet Y.-M., La formation du contrat, t. 1, Le contrat – Le consentement, LGDJ, 2013, n° 972). Une telle interprétation exclut aussi l'arbitraire judiciaire consacré par la recherche de la mauvaise foi (Bredin J.-D., obs. précitées sous Cass. 3<sup>e</sup> civ., 22 mars 1968). Elle permet ainsi au décret de 1955, dispensant les tiers de procéder à de coûteuses vérifications, de jouer pleinement son rôle dans le bon fonctionne-

ment du marché immobilier (Mackaay E. et Rousseau S., Analyse économique du droit, Dalloz-Les Éditions Thémis (Montréal), 2008, n° 918).

21 – Reste à mesurer la portée d'un tel revirement. S'il est maintenant clair que la connaissance d'un premier acte d'aliénation n'interdit pas d'invoquer le décret n° 55-22 du 4 janvier 1955, une interrogation demeure encore à propos des effets attachés à la fraude (sur laquelle reposait la jurisprudence de la Cour de cassation avant l'arrêt du 22 mars 1968 précité). C'est d'ailleurs notamment l'adage « *Fraus omnia corrumpit* » qu'invoquait le pourvoi rejeté par l'arrêt du 19 juin 2012. À ce propos, l'affirmation de la Cour de cassation selon laquelle, à propos de la fraude, « la cour d'appel (...) n'était pas tenue de procéder à des recherches que ses constatations rendaient inopérantes », peut laisser penser qu'on pousse ici l'automaticité dans toutes ses conséquences (rapp. Piedelièvre S., obs. précitées sous Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 juin 2012, n° 11-17.105). N'y a-t-il donc pas (plus) de moyen de mettre en cause les effets de la publication (Cohet-Cordet F., note précitée sous Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 juin 2012, n° 11-17.105) ? Il est sans doute téméraire de tirer des conséquences fermes (et aussi graves) d'un arrêt inédit (F-D). Rien ne dit ainsi qu'à l'avenir les juges ne sanctionneront pas le « concert frauduleux », c'est-à-dire « les manœuvres dolosives » du vendeur et du second acquéreur « ayant pour but de dépouiller le premier acquéreur » (Cass. civ., 7 déc. 1925, précité ; Cass. req., 8 déc. 1858, DP 1859, I, p. 184 ; Bufnoir C., Propriété et contrat, présentation par Boudot M., LGDJ, 2005, p. 86 et s.) – ce dont, sauf erreur de notre part, il n'était précisément pas question en l'espèce. Cela d'autant qu'en dépit des difficultés entourant la définition de la fraude (v. Savatier R., note précitée sous Cass. civ., 7 déc. 1925), il semblera sans doute particulièrement choquant à de nombreux juristes français d'admettre la disparition de toute appréciation morale en matière de publicité foncière. Dans cette matière, entre sécurité juridique et respect de la règle morale, un nouvel équilibre reste encore à trouver.

## B – Portée du devoir d'instrumenter du notaire

22 – Dans le prolongement d'une telle recherche, nous croyons utile de rapporter deux arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation à quelques mois de distance, portant sur la responsabilité civile des notaires, et plus précisément sur la portée du devoir d'instrumenter qu'impose l'article 3 de la loi du 25 ventôse an XI (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 déc. 2012, n° 11-19.682, Bull. civ. I, n° 273, JCP N 2013, 1035, note Dagorne-Labbé Y., Defrénois 2013, p. 204, obs. Sagaut J.-F., Constr.-urb. 2013, comm. 28, obs. Sizaire C., Dr. & patr. 2013, n° 226, p. 70, obs. Aynès L. et Stoffel-Munck Ph. ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 sept. 2013, n° 12-23.357, à paraître au Bulletin, Defrénois 2013, p. 1210, note Dagorne-Labbé Y., Gaz. Pal. 14 nov. 2013, n° 318, p. 24, obs. Mekki M., RDC 2014, à paraître, note Le Bourg J. et Quézel-Ambrunaz C. ; adde Dubarry J., Une lecture hasardeuse du droit des biens à partir de la responsabilité civile du notaire, D. 2013, p. 2507 ; à propos des deux arrêts, v. Piedelièvre S., Defrénois 2014, p. 8). À leur façon, concourant à l'automaticité des effets du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955, ils contribueront à l'édification du petit système d'interprétation objective du droit de la publicité foncière dont nous parlions plus haut. Pour la première chambre civile de la Cour de cassation, le notaire ne peut ainsi refuser d'instrumenter un acte de vente même s'il existe une promesse synallagmatique (1<sup>er</sup> arrêt) ou un échange (2<sup>d</sup> arrêt) non publiée et consentie antérieurement par le même contractant et portant sur le même bien.



23 – Dans la première affaire, les consorts X se sont engagés le 23 avril 2004 à vendre à une société une parcelle de terrain suivant les termes d'une promesse synallagmatique n'ayant jamais été publiée ; une seconde promesse de vente est conclue le 12 avril 2005 au profit de la commune du lieu de situation du terrain, qui est constatée par acte authentique et publiée le 31 octobre 2006. Sur quoi, la société assigne le notaire en paiement de dommages et intérêts en lui reprochant d'avoir ainsi prêté son ministère. L'action est couronnée de succès : la cour d'appel de Poitiers accepte de condamner le notaire *in solidum* avec la commune à verser la somme de 10 000 euros. Pour cela, elle relève notamment que le notaire avait été informé par la société (le 19 septembre 2006) de sa volonté de régulariser la première promesse par acte authentique et qu'il a passé outre cette information, une telle méconnaissance des droits du premier acquéreur s'analysant en une faute de nature à engager sa responsabilité civile. En dépit de cette argumentation, solidement appuyée sur l'analyse du comportement du notaire, la première chambre civile casse pour violation de l'article 1382, ensemble, l'article 3 de la loi du 25 ventôse an XI, l'arrêt de la cour d'appel en affirmant « que la promesse synallagmatique de vente du 23 avril 2004, n'ayant pas été publiée, était inopposable aux tiers en sorte que le notaire ne pouvait refuser d'instrumenter l'acte de vente requis par la commune ».

24 – Par un arrêt du 11 septembre 2013, la première chambre civile a de nouveau fait application de cette solution à propos d'un contrat d'échange. Dans l'affaire qui lui était alors soumise, une parcelle, échangée par un contrat non publié, avait fait l'objet d'une vente régulièrement publiée. Le co-échangiste évincé, après avoir été débouté d'une action en revendication au motif que son droit n'était pas opposable au second acquéreur, assigne son auteur et le notaire ayant prêté son ministère à la vente en réparation de son préjudice. Afin de condamner le notaire, la cour d'appel de Bastia s'attache à analyser son comportement avec précision. Elle relève d'abord qu'il existait un document d'arpentage constatant l'échange, qui avait fait l'objet d'une attestation immobilière établie par un autre notaire dont l'acte de vente faisait mention. Puis elle affirme que le notaire ayant instrumenté ne devait pas se contenter de porter à la connaissance des cocontractants l'existence de cette attestation, ce qu'il avait fait ; « il lui appartenait dans l'exécution de sa mission d'authentification des actes qui lui est conférée par son statut d'officier public et ministériel de s'assurer de l'origine de propriété du bien cédé et de procéder à cette fin, à toutes vérifications indispensables avant d'instrumenter ». Par suite, il se devait « non seulement de mettre en garde les parties mais aussi de s'abstenir d'instrumenter ». La Cour de cassation censure l'arrêt de la cour d'appel en répétant la solution donnée dans son arrêt du 20 décembre 2012 : « en se prononçant ainsi, quand l'échange (...), emportant transfert de propriété de la parcelle (...), n'ayant pas été publié, était inopposable aux tiers, en sorte que le notaire ne pouvait refuser d'instrumenter l'acte de vente ».

25 – La solution appliquée deux fois par la Cour de cassation est assez simple à expliquer : il existe un principe d'ordre public selon lequel le notaire doit prêter son ministère à toute réquisition (L. 25 ventôse an XI, art. 3), et en l'absence de publication d'une promesse synallagmatique ou d'un échange, il ne peut licitement refuser d'instrumenter, sauf à commettre une faute (C. civ., art. 1382). Elle est assez logique aussi : le point de départ du raisonnement est situé dans le droit de la publicité

foncière : « n'ayant pas été publié(e) », la promesse synallagmatique (ou l'échange) « était inopposable », dit d'abord la Cour de cassation. La portée du devoir d'instrumenter semble ainsi dessinée en fonction du droit de la publicité foncière ; comme pour permettre au second acquéreur de bénéficié sans entrave, pour dire ainsi, de l'avantage que la loi accorde à celui qui publie le premier. Ainsi, selon le pourvoi formé par le notaire dans le premier arrêt, le second acquéreur « pouvait légalement méconnaître » les droits nés de la première vente non publiée et « exiger la réitération en la forme authentique d'un acte sous seing privé conclu à son profit ». Pour cela, glissant de l'opposabilité d'un droit au tiers à la question des devoirs du notaire (qui n'est pas tiers au sens de la publicité foncière), il n'est pas possible de retenir la responsabilité de ce dernier.

26 – La répétition d'une telle solution n'a pas dissipé toutes les incertitudes. Pour certains auteurs, influencée par l'évolution de la jurisprudence de la troisième chambre civile, la première remettrait ainsi en cause l'application du principe selon lequel le notaire, « sous peine d'engager sa responsabilité », doit refuser son ministère « lorsque l'acte qu'on lui demande d'établir méconnaît les droits – connus de lui, faut-il ajouter – d'un tiers » (Aubert J.-L. et Crône R., La responsabilité civile des notaires, Defrénois, 5<sup>e</sup> éd., 2008, n° 85 ; v. en ce sens, notamment, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 mars 2002, n° 99-18.984, Bull. civ. I, n° 81, p. 62, Defrénois 2002, art. 37607-73, n° 19, obs. Aubert J.-L.). Il est vrai qu'un tel principe devient excessivement objectif – sauf l'hypothèse d'une fraude, la faute ne semble pouvoir résulter que de la méconnaissance d'un acte publié. Et qu'une telle solution obligera à s'interroger sur la portée d'autres arrêts, comme un arrêt du 11 juillet 2006 (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 juill. 2006, n° 02-20.389, Bull. civ. I, n° 389, D. 2006, p. 2510, note Gautier P.-Y.), qui prescrit au notaire de s'abstenir d'instrumenter un acte de vente en connaissance d'un pacte de préférence (Mekki M., obs. précitées sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 sept. 2013, n° 12-23.357) – même si la loi, il est vrai, n'en organise pas la publicité. Plus fondamentalement, certains auteurs pensent que lier ainsi la question de la responsabilité du notaire et celle des effets de la publicité foncière revient à modifier silencieusement la conception française du transfert de propriété (Dubarry J., Une relecture hasardeuse du droit des biens à partir de la responsabilité civile du notaire, précité) – il est vrai que depuis longtemps la distinction transfert/opposabilité d'un droit est problématique...

27 – Plus prosaïquement, il est certain qu'une telle solution présente indéniablement un intérêt pour le notariat. Ainsi qu'il a été remarqué, « le risque pour le notaire d'avoir à conclure l'acte en dépit d'une promesse sous seing privé antérieur devient inexistant » (Sizaire C., obs. précitées sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 déc. 2012, n° 11-19.682). Bien plus, même s'il a connaissance d'un avant-contrat ou d'un contrat translatif, il doit instrumenter ; c'est son refus qui serait fautif – sauf, selon la doctrine, « dans les cas où l'acte pour lequel il est requis est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs » (Aubert J.-L. et Crône R., La responsabilité civile des notaires, *op. cit.*) ou s'il est « frauduleux » (Piedelièvre S., Defrénois 2014, précité ; pour de plus amples précisions sur les obligations du notaire dans ce cas, v. Sagaut J.-F., Defrénois 2013, p. 204). Permettant d'échapper à un débat sur la bonne ou mauvaise foi du notaire, une telle solution invite finalement à se souvenir qu'un notaire « n'est pas juge d'instruction » (Aubert J.-L. et Crône R., La responsabilité civile des notaires, *op. cit.*).

## C – Quelles actions pour le premier acquéreur ?

28 – Pour finir, quelques remarques plus générales relatives aux actions dont dispose l'acquéreur évincé méritent d'être formulées. La première touche à la sanction de la faute civile commise par le tiers acquéreur publiant en ayant connaissance de l'existence d'un premier acte. Précisons. Si le fait de publier un acte avec diligence n'est pas une faute, mais plutôt l'usage d'un avantage octroyé par la loi (v. *supra*, IV, B), celui qui consiste à participer à la violation d'un contrat en est traditionnellement une, sanctionnée dans la jurisprudence de la Cour de cassation. En logique, rien n'interdit ainsi d'imaginer qu'à défaut de paralyser l'application du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955, la réunion des conditions d'application de la responsabilité civile permette l'allocation de dommages et intérêts – art. 1382 (Cohet-Cordey F., note précitée sous Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 juin 2012, n° 11-17.105). En précisant que l'action extracontractuelle sera extrêmement difficile à mettre en œuvre (preuve de la faute en l'absence de publication ; partage de responsabilité afin de tenir compte, le cas échéant, de l'absence de célérité du premier acquéreur). Sauf à penser que, pour la Cour de cassation, à titre de principe, l'inopposabilité attachée au défaut de publication permet aujourd'hui à tous les tiers (notaire mais aussi tiers acquéreur) d'ignorer légitimement le premier contrat ou, en tout état de cause, de n'être pas fautif « à ne pas en tenir compte » (v. Piedelièvre S., Defrénois 2014, p. 8). Toutefois, prêter un tel effet – radical – à l'absence de publication serait aller, tout en encourageant la mauvaise foi, bien au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour assurer l'efficacité de la publicité foncière – qui procède à « l'attribution des droits » (Mekki M., obs. précitées sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 sept. 2013, n° 12-23.357). Enfin, et quoi qu'il en soit, la victime de l'inexécution du contrat disposera toujours d'une action contractuelle à l'encontre de son auteur (inopposable ne veut pas dire nul) ; la question sera ainsi de savoir s'il faut "canaliser" sur le patrimoine de ce dernier l'ensemble des conséquences préjudiciables de son inexécution. Maigre consolation, pourra-t-on penser. Car indéniablement, à mesure que croît l'automatisme des effets du décret de janvier 1954, ceux des contrats non publiés s'étiolent.

S. Pimont

## V – OBLIGATION DE DÉLIVRANCE : MESURAGE

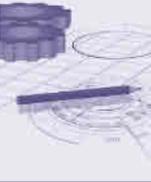
29 – Loi Carrez : que mesurer ? – La loi dite Carrez (L. n° 96-1107, 18 déc. 1996, JO 19 déc. 1996, créant l'article 46 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965, JO 11 juill. 1965) est l'objet d'un contentieux récurrent. Ce texte impose au vendeur d'un bien immobilier placé sous le régime de la copropriété d'indiquer la superficie du lot vendu, à peine de nullité de l'acte, et de la garantir avec une marge d'erreur de 5 % pendant un an à compter de l'acte authentique de vente. Tous les lots de copropriété ne sont pas visés par cette obligation. L'article 46, alinéa 3, de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 dispose que ces dispositions « ne sont pas applicables aux caves, garages, emplacements de stationnement ni aux lots ou fractions de lots d'une superficie inférieure à un seuil fixé par (...) décret en Conseil d'État ». Le décret n° 97-532 du 23 mai 1997 (JO 29 mai 1997) a fixé cette superficie minimale à 8 m<sup>2</sup>, en précisant les modalités du mesurage. Malgré ces précisions, la question de savoir ce

qui doit être mesuré est encore source de difficulté, comme le rappelle un arrêt rendu par la troisième chambre civile le 2 octobre 2013 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 2 oct. 2013, n° 12-21.918).

30 – Une société achète un local commercial qui comporte, comme cela est fréquent, une réserve au sous-sol à laquelle on accède par un escalier intérieur. Le professionnel chargé du mesurage intègre cette réserve dans la superficie indiquée et garantie par les vendeurs au titre de la loi Carrez. Or, la désignation du lot figurant au règlement de copropriété (et reprise dans l'acte de vente) n'indique pas qu'il s'agit d'une réserve mais d'une cave. S'appuyant sur cette qualification, la société acquéreur prétend que cette pièce a été incluse à tort dans l'assiette du mesurage et actionne les vendeurs en diminution du prix. La question posée à la Cour de cassation est de savoir ce qu'il convient de mesurer : faut-il s'attacher à la désignation officielle du lot résultant du règlement de copropriété ou à sa consistance réelle ? L'arrêt du 2 octobre 2013 repousse les prétentions de la société acquéreur, en énonçant que la cour d'appel avait « exactement retenu que pour l'application de l'article 46 de la loi du 10 juillet 1965, il y avait lieu de prendre en compte le bien tel qu'il se présentait matériellement au moment de la vente ». À s'en tenir à cet attendu, le professionnel du mesurage n'a plus besoin de s'interroger sur la question de savoir ce qui doit être mesuré : il mesure ce qu'il voit. C'est un raccourci que de trop nombreux professionnels ont pris et qu'il convient de nuancer, car la découverte d'une discordance entre la désignation d'un lot figurant au règlement de copropriété et sa consistance matérielle au moment de la vente recouvre trois situations distinctes.

31 – Tout d'abord, il est des cas où le copropriétaire n'a fait aucuns travaux ni aménagement. La question est alors de savoir si la désignation de cave ou de garage donnée par l'état descriptif de division est correcte. Il s'agit évidemment d'une question de fait et la jurisprudence s'attache clairement à la réalité plutôt qu'à la désignation du règlement de copropriété. Ainsi une salle de jeux située en sous-sol, qualifiée de cave par le règlement de copropriété, doit-elle être intégrée dans l'assiette du mesurage (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 11 oct. 2005, n° 04-16.729). Cette recherche de la réalité peut à l'inverse conduire la jurisprudence à exclure de l'assiette du mesurage un lot pourtant qualifié de buanderie, en considérant qu'il s'agit en réalité d'une cave (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 8 juin 2011, n° 10-12.004). Dans d'autres cas, le vendeur peut avoir fait des travaux et aménagements qui ont transformé un local qualifié justement dans le règlement de copropriété de cave ou de garage et qui, par suite de cette transformation, peut prendre une autre qualification. Dans une telle hypothèse, la Cour de cassation avait tout d'abord jugé qu'un lot qualifié de cave dans le règlement de copropriété et aménagé en cuisine ne devait pas être pris en compte pour la superficie garantie au titre de la loi Carrez (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 nov. 2006, n° 04-18.804). Mais la troisième chambre civile prenait une décision contraire le 5 décembre 2007 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 déc. 2007, n° 06-19.550), en précisant cependant que les travaux avaient été autorisés. Cette nécessité de travaux régulièrement autorisés était abandonnée dans un arrêt du 7 février 2012 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 févr. 2012, n° 11-11.608) dans lequel la Cour de cassation précisait que « la cour d'appel (...) n'était pas tenue de procéder à une recherche qui ne lui avait pas été demandée sur l'existence d'une autorisation de transformation des locaux ».

32 – L'arrêt du 2 octobre 2013, qui mentionne l'existence d'aménagements réalisés par le vendeur, peut se classer dans ce second



type de situations et semble donc parachever cette évolution. Mais cette situation ne doit pas être confondue avec les cas d'annexion de parties communes. Il ne s'agit plus alors d'un problème de qualification du lot mais bien de justifier d'un droit de propriété. Peut-on inclure dans l'assiette du mesurage des superficies qui n'appartiennent pas au vendeur ? Un arrêt récent de la Cour de cassation (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 9 mai 2012, n<sup>o</sup> 11-10.643, non publié), traitant du cas d'une véranda construite en partie sur un jardin constitutif d'une partie commune, précise qu'il convient de soustraire la surface de la véranda empiétant sur lesdites parties communes pour réaliser le mesurage. L'arrêt du 2 octobre 2013 ne paraît pas remettre en cause cette position.

A. Dubois

## VI – OBLIGATIONS DE GARANTIE

**33 – Exonération de la garantie des vices cachés : vendeurs profanes ayant effectué des travaux.** – La jurisprudence récente de la Cour de cassation restreint la possibilité offerte par l'article 1643 du Code civil de s'exonérer des vices cachés. Elle interdit aux vendeurs ayant eux-mêmes réalisé des travaux dans l'immeuble vendu de se prévaloir d'une clause de non-garantie. Ainsi, ces vendeurs bricoleurs ou vendeurs castors sont assimilés aux vendeurs de mauvaise foi et aux professionnels de l'immobilier. Si le principe posé par l'article 1641 du Code civil est que le vendeur doit garantir à son acquéreur les vices cachés, la pratique notariale y a répondu en intégrant, dans les formules utilisées dans leurs actes de vente, des clauses d'exonération de garanties. Ces clauses sont expressément autorisées par l'article 1643 du même code, sous réserve que le vendeur n'ait pas connaissance des éventuels vices et ne soit donc pas de mauvaise foi.

**34** – En matière immobilière, ces clauses sont excessivement importantes pour pacifier le contrat et ses suites. La vente d'un bien ancien, échappant donc à la loi sur l'assurance dommage-ouvrage, n'est pas la vente d'un bien parfait et est donc susceptible de contenir des vices plus ou moins graves. Empêcher le vendeur de s'exonérer de la garantie des vices cachés serait générer un contentieux très important. Cet équilibre voulu par les rédacteurs du Code civil a été rompu par l'apparition de véritables professionnels de l'immobilier au milieu du XX<sup>e</sup> siècle. La jurisprudence a cherché à compenser ce déséquilibre en aggravant la garantie due par le vendeur professionnel. Cette aggravation a eu lieu en créant à la charge du vendeur professionnel une présomption de connaissance des vices cachés et donc de mauvaise foi. Il n'existe pas de définition légale de professionnel de l'immobilier et, a contrario, de non-professionnel. La recherche tournera cependant autour des critères d'activité principale et de caractère habituel de l'activité du vendeur, car « *exercer une profession, c'est consacrer d'une façon principale et habituelle son activité à l'accomplissement d'une certaine tâche dans le dessein d'en tirer un profit* » (Ripert G. et Roblot R., *Traité élémentaire de droit commercial*, LGDJ, 6<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 136 ; pour les évolutions les plus récentes sur cette définition, v. Paulin A., *Notion de vendeur professionnel et garantie des vices cachés*, RLDC 2011/81, n<sup>o</sup> 4195 ; Haoulia N., *La qualité de non-professionnel dans la vente immobilière*, Defrénois 2013, art. 11498). Mais l'interdiction de se prévaloir de la clause d'exonération des vices cachés ne semble pas être l'apanage des seuls

professionnels de l'immobilier. Qu'en est-il des vendeurs profanes, non professionnels de l'immobilier mais suffisamment bricoleurs pour se lancer dans des réalisations complexes ? L'installation d'un poêle à bois semble être une opération particulièrement dangereuse qui a donné lieu à deux arrêts récents montrant une véritable inflexion de la jurisprudence à l'égard de ces bricoleurs.

**35** – Dans une première espèce du 9 février 2011 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 9 févr. 2011, n<sup>o</sup> 09-71.498, Bull. civ. III, n<sup>o</sup> 24), une personne réalise personnellement, avec l'aide d'un plombier-chauffagiste, dans un immeuble lui appartenant, des travaux d'installation d'un poêle à bois au rez-de-chaussée avec percement du plancher intermédiaire. Il vend sa maison le 10 septembre 2001 et l'acte de vente stipule qu'il ne sera pas tenu des vices cachés. Le 15 novembre suivant, utilisant le poêle à bois, les acquéreurs déclenchent un incendie qui détruit la toiture et la charpente. La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 15 septembre 2009, note le rôle prépondérant du vendeur dans la réalisation de cette installation et retient sa responsabilité. Cet arrêt est confirmé par la Cour de cassation, qui précise que le vendeur « *s'était comporté en qualité de maître d'œuvre, qu'il avait acheté les matériaux, conçu l'installation litigieuse et l'avait en partie réalisée, la cour d'appel a légalement justifié sa décision en retenant qu'il devait être assimilé au vendeur professionnel tenu de connaître les vices* ».

**36** – La Cour de cassation, dans une affaire similaire ayant donné lieu à un arrêt du 10 juillet 2013, vient de réitérer sa solution (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 10 juill. 2013, n<sup>o</sup> 12-17.149, *Contrats, conc., consom.* 2013, comm. 234, obs. Leveneur L., JCP N 2013, n<sup>o</sup> 48, 1379, obs. Mekki M.). Dans cette espèce, il s'agissait encore d'une cheminée réalisée par le vendeur, d'abord en foyer ouvert puis, à la suite de nouveaux travaux, en foyer fermé. Ce bricoleur vend son immeuble le 31 octobre 2006 en stipulant une clause d'exonération de la garantie des vices cachés. Le vendeur était manifestement encore un bricoleur du dimanche et cette installation est la cause d'un incendie qui détruit les trois niveaux et la toiture de l'immeuble. La cour d'appel de Grenoble, le 24 juillet 2012, n'avait pas retenu la responsabilité du vendeur, car celui-ci avait démontré son incompetence et sa qualité de non-professionnel en matière de cheminée, d'une part, et, d'autre part, que sa bonne foi devait être présumée. La Cour de cassation censure cet arrêt et retient la responsabilité du vendeur en précisant « *que doit être assimilé au vendeur professionnel tenu de connaître les vices de l'immeuble vendu le vendeur qui, en concevant et en installant la cheminée à l'origine des dommages subis, s'est comporté en qualité de maître d'œuvre (...)* ». L'assimilation du bricoleur au professionnel de l'immobilier semble montrer que le fondement de la sévérité de la Cour de cassation est le même pour ces deux types de vendeurs : une présomption de mauvaise foi. Cette présomption irréfragable pour le professionnel l'est sans doute aussi, par analogie, pour le bricoleur. Il conviendra d'être attentif aux futures décisions pour confirmer ou non ce dernier point.

**37** – Cette jurisprudence de la Cour de cassation semble aujourd'hui bien établie (v. dans le même sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 avr. 2012, n<sup>o</sup> 11-13.198, JCP N 2012, n<sup>o</sup> 48, 1379, note Semer T.) et il est évident que le conseil des notaires doit évoluer. On notera d'ailleurs presque avec surprise que les notaires rédacteurs des actes ne semblent pas avoir été appelés en garantie par les vendeurs pour défaut de conseil. Pour ne pas subir ce risque, on ne peut que conseiller au notaire d'interroger le vendeur pour savoir si celui-ci a réalisé de

tels travaux et, dans l'affirmative, l'informer qu'il ne pourra s'exonérer de la garantie des vices cachés. Cet avertissement, particulièrement utile, permettra le cas échéant au vendeur de faire vérifier les travaux qu'il a effectués par un professionnel qualifié.

A. Dubois

### VII – RESPONSABILITÉ NOTARIALE

**38 – De la vigilance requise du notaire.** – Si c'est souvent au titre de son devoir de conseil que la responsabilité du notaire est recherchée, un tel devoir ne doit pas faire oublier celui de vigilance, de précaution dont il doit savoir aussi s'acquitter, en amont de l'acte instrumenté. La jurisprudence de ces derniers mois en offre plusieurs exemples édifiants. On signalera d'abord deux arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation le 29 mai et le 2 octobre 2013 (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 mai 2013, n<sup>os</sup> 12-21.781 et Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 mai 2013, n<sup>o</sup> 12-24.754), en renvoyant pour une analyse plus complète à l'excellent commentaire qu'en a fait dans d'autres colonnes notre collègue Mustapha Mekki (Mekki M., JCP N 2013, n<sup>o</sup> 49, p. 33). Dans la première affaire, c'est pour n'avoir pas comparé les signatures apposées sur un acte de prêt et sur des ordres de virement – qu'il avait cru identiques – que l'officier public voit sa responsabilité engagée, la Cour régulatrice censurant la décision des juges du fond qui s'étaient contentés, pour absoudre le notaire de toute responsabilité, de ce que la preuve d'un faux n'était pas établie et que l'on ne pouvait lui reprocher de s'être fié aux apparences. Dans l'autre espèce, des vendeurs s'étaient fait représenter, l'époux par un clerc de l'étude, et l'épouse par un tiers. Placée par la suite sous tutelle, la venderesse, qui se plaignait d'avoir été victime d'abus de faiblesse de la part de son mandataire, sollicitait l'annulation de la vente. Appelé en garantie par le sous-acquéreur, le notaire se vit reprocher d'avoir admis à la légère une procuration qui ne justifiait pourtant ni par la profession de la mandante, ni par

l'éloignement de son domicile. Circonstance aggravante, la mandante s'était présentée à l'improviste à l'étude où elle avait signé la procuration, donnée à la personne qui l'hébergeait, devant une secrétaire de l'étude. Comme le souligne M. Mekki, le moins que l'on puisse requérir du notaire dans un tel cas est de rencontrer personnellement le mandant et de se renseigner sur le motif de la procuration. Pour n'avoir pas fait preuve de cette vigilance élémentaire, le notaire a ici été condamné.

**39 –** C'est aussi à l'exigence de vigilance et, au-delà, de maîtrise technique des mécanismes juridiques que se rattache un arrêt rendu par la troisième chambre civile le 15 janvier 2014 (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 15 janv. 2014, n<sup>o</sup> 11-28.701, à paraître au *Bulletin*). C'est dans la mise en œuvre de la sulfureuse garantie dite *intrinsèque* d'achèvement, pseudo garantie source de bien des sinistres (v. pour une autre illustration récente, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 mai 2013, n<sup>o</sup> 12-23.300, JCP N 2013, p. 35, obs. Mekki M.), et condamnée à disparaître (v. Ord. n<sup>o</sup> 2013-890, 3 oct. 2013, JO 4 oct. 2013), que le notaire a ici été pris en défaut. En l'espèce, l'opération combinait une vente en l'état futur d'achèvement et un contrat de promotion immobilière. Or celui-ci prévoyait que la somme représentant la valeur des terrains serait remise aux vendeurs sur les premiers 35 % versés par les acquéreurs. Et le notaire chargé d'authentifier l'ensemble des ventes avait, pour constater la réunion des conditions requises par l'article R. 261-18 du Code de la construction et de l'habitation pour la dispense de garantie extrinsèque, pris en compte cette somme représentant les premiers 35 % versés, comme fonds propres du vendeur autorisant la garantie intrinsèque, et ce alors que le contrat de promotion immobilière la destinait aux vendeurs, mais sans obligation de la verser sur un compte bloqué... La Cour de cassation donne ici raison aux juges du fond d'avoir condamné le notaire pour avoir procédé à ce calcul hasardeux et en tout cas dommageable aux acquéreurs...

Ph. Brun