



Lasaygues & Associés

La Lettre



HUBERT DE VULGRENANT,
Notaire Associé

ÉDITORIAL

Lors de la préparation de cette lettre, afin de faire écho au Livre noir de l'accessibilité venant de paraître qui fait un constat accablant sur l'application effective de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, il était prévu que l'Édito fasse état des difficultés d'application aux acteurs de l'immobilier, tant publics que privés, de cette réglementation relative à l'adaptation des établissements recevant du public (ERP) aux personnes à mobilité réduite (PMR). Les tragiques événements survenus le 13 novembre m'ont amenés à considérer la réglementation relative aux ERP, souvent ressentie par les acteurs immobiliers comme une ixième contrainte administrative, sous un jour nouveau. L'horreur des nombreuses images de la sortie de secours du Bataclan ou les récits des survivants ayant pu se cacher dans des locaux techniques ou fuir par des issues secondaires, nous ramène au fondement même de la réglementation sur les ERP, à laquelle se rattache celle des PMR, qui est d'instaurer un règlement de sécurité contre les risques d'incendie et de panique dans les ERP. La majeure partie de l'évolution de cette réglementation s'est opérée à la suite de sinistres marquants. Ainsi le décret du 7 février 1941, prévoyant la mise en place de commission de sécurité au niveau national, a pour origine le feu à la Grande Galerie de Marseille de 1938. Le décret du 13 août 1954, instituant un classement par catégories des ERP et des contrôles périodiques, a été pris à la suite de l'incendie du cinéma le Select de Rueil-Malmaison ayant causé près de 90 morts. L'arrêté du 25 juin 1980, qui constitue le texte de référence à ce jour, a été établi à la suite du feu de la discothèque

« Nombre d'ERP ne respectent pas ou imparfaitement la réglementation en raison de sa complexité et de certaines de ses contraintes. »

le 5/7 de Saint-Laurent-du-Pont en 1971 qui fit près de 150 victimes. L'effondrement de la tribune de Furiani en 1992 a été là encore une raison de la modification du décret de 1980. Le respect par le Bataclan de la réglementation a sans conteste permis de sauver la vie de nombreux spectateurs. Malheureusement les statistiques révèlent que nombre d'ERP ne respectent pas ou imparfaitement la réglementation en raison de sa complexité et de certaines de ses contraintes qui, en raison de leur standardisation, sont soit inadéquates soit irréalistes économiquement. Cela devrait amener le législateur à s'interroger sur le besoin d'une adaptation pragmatique de cette réglementation, notamment en assouplissant l'encadrement trop standardisé de la mesure du risque, afin d'une part de répondre aux nouveaux enjeux de sécurité des personnes, et d'autre part d'assurer sa mise en place effective à la totalité des établissements concernés. Dans cette attente il ne fait aucun doute que la vérification du respect de cette réglementation lors de la mutation de biens immobiliers ; qui n'est pas toujours considérée comme déterminante par certains investisseurs (d'autant que dans la majeure partie des cas le respect de ladite réglementation relève de l'exploitant), va désormais devenir un réel enjeu qu'il appartiendra aux conseils de mettre en valeur avec le sérieux qui s'impose. 🍀

FOCUS SUR LA NOTION DE CAUTIONNEMENT DISPROPORTIONNÉ :

LE PATRIMOINE PRÉVISIONNEL EXCLU DE L'APPRÉCIATION DE LA DISPROPORTION

À propos des arrêts de la Chambre civile du 3 juin 2015 -n°14-13.1264- et 12 novembre 2015 - 14-21.725.

Avec certitude, il incombe au créancier professionnel qui entend se prévaloir d'un contrat de cautionnement manifestement disproportionné lors de sa conclusion aux biens et revenus de la caution, personne physique, d'établir qu'au moment où il l'appelle, le patrimoine de celle-ci lui permet de faire face à son obligation. Le créancier professionnel peut-il voir sa responsabilité engagée lorsqu'il fait souscrire à la caution personne physique un engagement disproportionné à ses revenus et à son patrimoine? La réponse est positive. Au visa des articles 1315 du Code civil et L.341-4 du Code de la consommation, la Cour de cassation le confirme tout en rappelant au créancier professionnel qu'il lui incombe la charge de la preuve. Toutefois ce principe ancré dans la loi et dans la jurisprudence a suscité une jurisprudence parfois fluctuante quant au moment de l'appréciation de la disproportion. La Chambre commerciale par une jurisprudence constante – voir en dernier lieu Com, 10 février 2015, n°13-27.625 – considérait qu'il ne fallait pas prendre en compte les revenus escomptés de la caution alors même que la première chambre Civile statuait en sens contraire – Civile, 1^{re}, 4 mai 2012, n°11-11.461 – estimant qu'il était nécessaire d'apprécier la disproportion au regard des perspectives d'avenir de l'entreprise caution. Toutefois cette dernière s'est enfin ralliée à la position de la Chambre commerciale dans une décision du 3 juin 2015 estimant qu'il ne fallait pas prendre en compte les revenus à venir de la caution dans l'appréciation

de la disproportion et relevant donc cette disproportion, dans une décision du 12 novembre 2015, au moment même où le juge statue. Ainsi « un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation » – C. consom., art. L. 341-4. Le principe de proportionnalité est donc doté d'une portée générale et légale que le contrat de cautionnement soit conclu par acte sous-seing privé ou par acte authentique. Au surplus, ce principe s'est appliqué à l'aune de la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 aux contrats et aux instances en cours. Se fixe pas à pas dans la jurisprudence les critères de l'appréciation de cette disproportion (1), dont la recevabilité semble exclue face à des cautions dirigeantes ou intégrées (2).

1. La notion de disproportion fait l'objet, en droit positif, d'une précision d'importance. À l'analyse, elle ne s'apprécie pas par rapport aux biens et revenus effectifs dont disposent la caution au moment de son engagement.

En fait, la preuve de la disproportion nécessite une analyse en deux étapes de la situation patrimoniale : au stade de la souscription de l'engagement et à celui de son exécution. À la date de conclusion du contrat de cautionnement, sera menée une étude de la disproportion éventuelle entre la dette garantie et le patrimoine de la caution. Mais, à supposer l'existence d'une disproportion à la conclusion du contrat, elle peut avoir disparu le jour de son exécution, la caution jouissant d'une meilleure fortune. L'article

L. 341-4 du Code de la consommation envisage alors clairement un avantage pour le créancier : il pourra toujours obtenir de la caution qu'elle paye la dette garantie lorsqu'au moment où elle est appelée, son patrimoine s'est enrichi, peu importe dès lors, si au jour de sa conclusion, le cautionnement était disproportionné. À l'analyse, cette hypothèse suppose un enrichissement de la caution à hauteur de l'engagement souscrit, c'est-à-dire l'existence d'un patrimoine suffisant pour exécuter son obligation de règlement. La caution revenue à meilleure fortune au jour de l'appel en garantie peut donc être poursuivie. Dès lors, si son patrimoine lui permet de faire face à son engagement de caution et même si elle a d'autres charges passives, sera alors pris en considération la globalité de son patrimoine sans égard pour son endettement global – Com, 12 mars 2013, n°11-29.030.

L'inverse est impossible : si la caution s'appauvrit et que son engagement devient disproportionné, elle ne pourrait pour autant engager la responsabilité du banquier. Enfin si la caution a transmis des renseignements inexacts sciemment et créé une proportionnalité fictive, en mentant sur ces ressources, la banque ne pourra pas non plus

être responsable. Dès lors, la banque créancière ne peut poursuivre la caution dont l'engagement était disproportionné à ses biens et revenus au moment de la formation du contrat à moins d'une évolution postérieure favorable de la solvabilité de la caution.

Par mesure de protection pour les cautions personnes physiques et d'une façon très pragmatique, la Haute juridiction décide que le bénéficiaire de l'engagement de caution doit démontrer une fois la disproportion établie au jour de la conclusion ; qu'au moment où la caution a été appelée, elle était en mesure de faire face à ses obligations.

Lorsqu'il existe effectivement une disproportion entre le montant de l'engagement garanti et le patrimoine et les revenus de la caution, au moment de la conclusion du contrat de cautionnement et/ou au jour de son exécution, quelle est la sanction subie par le créancier et plus spécifiquement la banque créancière ?

Le créancier est déchu de ses droits à l'égard de la caution lorsqu'est prouvée, au moment de l'appel en garantie, l'existence d'un engagement de caution disproportionné au sens des (...)



« Ce principe ancré dans la loi et dans la jurisprudence a suscité une jurisprudence parfois fluctuante quant au moment de l'appréciation de la disproportion. »

(...) dispositions de l'article L. 341-4 du Code de la consommation. Il ne peut donc solliciter l'exécution à son profit de l'obligation de règlement. Cette sanction est sévère et sans nuance à l'égard du créancier. L'engagement de la caution, personne physique, doit être en adéquation avec son patrimoine et ses revenus actuels ou futurs. Tout créancier professionnel imprudent sera donc déchu du droit d'obtenir le paiement de la dette de son débiteur par la caution.

2. Certains cautionnements demeurent à l'écart du principe légal de proportionnalité : les cautionnements souscrits envers des créanciers non professionnels, peu importe la qualité de la caution et ceux consentis par des personnes morales, peu importe la qualité du créancier. Ces engagements seront soumis à principe de proportionnalité prétorien.

Ainsi, s'agissant des dirigeants cautions ou des cautions intégrées, l'exigence de proportionnalité au bénéfice du dirigeant caution est appréciée strictement. La responsabilité de la banque créancière sera engagée uniquement s'il est prouvé qu'elle détenait, lors de la conclusion du cautionnement, des informations que n'auraient pas les cautions sur « leurs facultés de remboursement normalement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération garantie » – Cass. com., 8 oct. 2002 : RTD civ. 2003, p. 124. – Cass. com., 4 févr. 2003 : Bull. Joly 2003, p. 566. – Cass. com., 25 mars 2003 [3 arrêts] : RD bancaire et financier 2003, p. 207. La dernière décision de la Première Chambre civile du 12 mai dernier relève « qu'appréciant souverainement les facultés contributives [du dirigeant caution] au regard, notamment, des perspectives de développement de l'entreprise qu'il avait créée,

la cour d'appel a estimé que le cautionnement souscrit par celui-ci n'était pas disproportionné à ses biens et revenus ; appréciation, qui est souveraine, et qui ne peut être contestée ».

Les facultés de remboursement des cautions sont donc ici estimées en fonction des résultats à venir de l'opération cautionnée : si elle est couronnée de succès, les cautions dirigeantes vont s'enrichir à proportion de leur participation dans le capital social et la fraction de la dette mise à leur charge doit être proportionnée à la valorisation de leurs actions au terme de l'opération. Leurs capacités financières ne sont donc pas déterminées au jour de la conclusion du contrat de cautionnement, ce qui ferait peser le risque de l'opération sur la banque créancière. L'acte fautif de la banque est de faire souscrire un cautionnement disproportionné alors que l'opération projetée a de faibles chances de réussite, ce que n'ignore pas l'établissement financier, qu'au surplus, la caution ne dispose pas de toutes les capacités ou informations pour analyser la situation et qu'enfin le cautionnement demeure disproportionné le jour de l'appel en garantie – voir en ce sens Civile, 1^{re}, 12 novembre 2015.

La sanction de la disproportion n'est pas la déchéance des droits du créancier à l'égard de la caution mais la réduction du montant, garanti par la caution. La sanction de cette faute réside donc en l'allocation de dommages et intérêts octroyés à la caution. Ils vont réduire d'autant la dette et pourraient même couvrir son remboursement. Mais, c'est la réduction de l'engagement de la caution qui a la faveur de la jurisprudence. La réparation du préjudice est cantonnée « à la mesure excédant les biens que la caution pouvait proposer en garantie » – Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2003 : D. 2004, jurispr. p. 204. – Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 2004 : Dalloz 2004, p. 1232. Son appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond. La Haute juridiction contrôle, quant à elle, l'existence d'un défaut d'équivalence manifeste entre le dommage subi et la réparation. 🍀

HYPOTHÈQUE CONSENTIE PAR UNE PERSONNE PRIVÉE DONT LE CAPITAL EST ENTIÈREMENT DÉTENU PAR DES PERSONNES PUBLIQUES

L'hypothèque du droit de propriété constitue la situation la plus fréquente et la plus simple. La propriété englobant, toutes les prérogatives pouvant être exercées sur la chose, il en résulte que les limites à la constitution d'hypothèques du chef d'un propriétaire tiennent seulement à la « chose ».



MARIE-CÉCILE RITZ

Introduction

Aux termes des dispositions de l'article 2397 du code civil: « sont seuls susceptibles d'hypothèques:

1. Les biens immobiliers qui sont dans le commerce, et leurs accessoires réputés immeubles;

2. L'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée. L'hypothèque s'étend aux améliorations qui surviennent à l'immeuble ». Les droits réels immobiliers susceptibles d'hypothèques comprennent notamment le droit de propriété, le droit de superficie, la nue-propriété ou encore l'usufruit (l'hypothèque ne portant alors sur celui-ci que pendant sa durée¹).

Le droit de superficie est un droit réel immobilier, portant, en principe, sur des édifices ou plantations, attribué à un autre que le propriétaire du sol.

Il constitue donc une propriété limitée par la surface du sol, à ce qu'on bâtit ou plante au-dessus de lui.

Le droit de superficie peut être néanmoins plus ou moins étendu; il peut porter (i) sur toute la surface du sol et tous les objets établis sur lui ou (ii) uniquement sur les objets se trouvant à la surface du sol ou encore (iii) sur des fractions incluant le sol naturel (tréfonds) et tout ou partie du sursol. Dans le premier cas, le superficiaire a alors un droit réel sur le sol qui peut être hypothéqué en tant que tel.

Dans le deuxième cas, le superficiaire a un droit de propriété limité aux constructions, sans aucun droit de propriété sur le sol. Dans le dernier cas, le droit de propriété porte sur un espace tridimensionnel faisant abstraction du sol naturel. Il en résulte que seules les constructions sont susceptibles d'être grevées d'une hypothèque².

S'agissant enfin de droits promis à

s'éteindre à terme, tels que l'usufruit, la constitution d'hypothèque est possible, mais seulement pour une durée qui ne peut être supérieure à celle du droit lui-même. L'hypothèque s'éteindra donc au plus tard en même temps que celui-ci. Toutefois, elle pourra encore être constituée pour une durée inférieure³.

Aussi, pour déterminer si une hypothèque peut être valablement consentie par l'emprunteur, convient-il de déterminer la nature du droit qui lui a été conféré.

1. → Nature du droit de propriété hypothéqué

a. Un droit de superficie

Aux termes de l'article 552 du code civil, « [l]a propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous ». Cette présomption peut (...)

1. J. Mestre, JCl Civil Code, Fasc. unique: Hypothèques – Biens et droits susceptibles d'hypothèque, 7 mars 2011, mise à jour 11 décembre 2013.

2. J. Mestre, JCl Civil Code, Fasc. unique: Hypothèques – Biens et droits susceptibles d'hypothèque, 7 mars 2011, mise à jour 11 décembre 2013.

3. A. Fournier, Rép de droit immobilier – Hypothèque, avril 2007, mise à jour janvier 2015.



(...) toutefois être combattue par un titre, par exemple. La propriété du sol peut être dissociée de celle du volume qui la divise. Ainsi, le propriétaire d'un bien peut conserver la propriété du sol et vendre son droit de superficie.

Le droit de superficie est un droit réel de propriété absolu dont l'exercice et les prérogatives ne se partagent avec quiconque⁴. Contrairement à un démembrement de propriété (usufruit ou emphytéose), la cession d'un droit de superficie porte donc sur toutes les composantes de la propriété (usus, fructus et abusus).

L'emprunteur semblait néanmoins avoir acquis, en l'espèce, un droit de propriété strictement limité aux constructions⁵, comme l'indi-

quait l'État Descriptif de Division en Volumes (EDDV). Il en résulte que seules les constructions seront susceptibles d'être grevées d'une hypothèque.

b. Un droit temporaire

Dans notre cas, un droit de superficie « temporaire » avait été consenti au profit de l'emprunteur⁶.

Or, le droit de propriété n'est, en principe, pas borné dans le temps. Il a vocation à la perpétuité, tant que demeure la chose matérielle qu'il prend pour objet⁷.

Un droit de propriété qui serait temporaire semble heurter un tel schéma, conduisant ainsi le professeur Thierry Revet à se demander « est-ce seulement une propriété? »⁸.

Pour autant, Christian Attias estime que le terme perpétuel n'interdit pas de concevoir des propriétaires temporaires: par exemple, la position du vendeur sous conditions suspensives de la survenance d'un événement déterminé, est généralement limitée dans le temps⁹.

Le caractère perpétuel du droit de propriété ne signifie, en effet, nullement que le titulaire du droit de propriété ne puisse pas y renoncer. Rien n'interdit au bénéficiaire d'une cession d'un droit de superficie de s'obliger, au moment même de recevoir le bien puis de le céder à son auteur en précisant les modalités de cette rétrocession.

Cet engagement ne le privera nullement du droit de propriété consenti jusqu'à la date de rétrocession.

4. De la notion de droit de superficie à celle de volume immobilier, répertoire du notariat, Defresnois, 30 avril 2007, p.573.

5. sans aucun droit réel sur le sol.

6. Conformément aux prévisions de l'article 141 de la loi n° 2006-1771 du 30 décembre 2006 de finances rectificative pour 2006 modifiée aux termes desquelles: « I. Des ensembles d'actifs immobiliers appartenant à l'État ou à ses établissements publics peuvent être transférés en pleine propriété à une société détenue par l'État (...) ».

7. L. d'Avout, Démembrement de propriété, perpétuité et liberté, Recueil Dalloz 2012, p.1934.

8. T. Revet, le Dénouement de la propriété temporaire, RTD Civ.2008, p.322.

9. C. Attias, Droit civil : les biens, Lexis Nexis, 11^e édition, p.97.



(...) toutefois être combattue par un titre, par exemple. La propriété du sol peut être dissociée de celle du volume qui la divise. Ainsi, le propriétaire d'un bien peut conserver la propriété du sol et vendre son droit de superficie.

Le droit de superficie est un droit réel de propriété absolu dont l'exercice et les prérogatives ne se partagent avec quiconque⁴. Contrairement à un démembrement de propriété (usufruit ou emphytéose), la cession d'un droit de superficie porte donc sur toutes les composantes de la propriété (usus, fructus et abusus).

L'emprunteur semblait néanmoins avoir acquis, en l'espèce, un droit de propriété strictement limité aux constructions⁵, comme l'indi-

quait l'État Descriptif de Division en Volumes (EDDV). Il en résulte que seules les constructions seront susceptibles d'être grevées d'une hypothèque.

b. Un droit temporaire

Dans notre cas, un droit de superficie « temporaire » avait été consenti au profit de l'emprunteur⁶.

Or, le droit de propriété n'est, en principe, pas borné dans le temps. Il a vocation à la perpétuité, tant que demeure la chose matérielle qu'il prend pour objet⁷.

Un droit de propriété qui serait temporaire semble heurter un tel schéma, conduisant ainsi le professeur Thierry Revet à se demander « est-ce seulement une propriété? »⁸.

Pour autant, Christian Attias estime que le terme perpétuel n'interdit pas de concevoir des propriétaires temporaires: par exemple, la position du vendeur sous conditions suspensives de la survenance d'un événement déterminé, est généralement limitée dans le temps⁹.

Le caractère perpétuel du droit de propriété ne signifie, en effet, nullement que le titulaire du droit de propriété ne puisse pas y renoncer. Rien n'interdit au bénéficiaire d'une cession d'un droit de superficie de s'obliger, au moment même de recevoir le bien puis de le céder à son auteur en précisant les modalités de cette rétrocession.

Cet engagement ne le privera nullement du droit de propriété consenti jusqu'à la date de rétrocession.

4. De la notion de droit de superficie à celle de volume immobilier, répertoire du notariat, Defresnois, 30 avril 2007, p.573.

5. sans aucun droit réel sur le sol.

6. Conformément aux prévisions de l'article 141 de la loi n° 2006-1771 du 30 décembre 2006 de finances rectificative pour 2006 modifiée aux termes desquelles: « I. Des ensembles d'actifs immobiliers appartenant à l'État ou à ses établissements publics peuvent être transférés en pleine propriété à une société détenue par l'État (...) ».

7. L. d'Avout, Démembrement de propriété, perpétuité et liberté, Recueil Dalloz 2012, p.1934.

8. T. Revet, le Dénouement de la propriété temporaire, RTD Civ.2008, p.322.

9. C. Attias, Droit civil : les biens, Lexis Nexis, 11^e édition, p.97.

« Pour déterminer si une hypothèque peut être valablement consentie par l'emprunteur, convient-il de déterminer la nature du droit qui lui a été conféré »

Il en résulte qu'une hypothèque peut être valablement consentie sur un droit de superficie temporaire à condition que sa durée n'excède pas celle du droit consenti.

2. → Exécution de l'hypothèque consentie par l'emprunteur

a. Biens susceptibles d'être hypothéqués

Les biens du domaine public sont hors du commerce et ne peuvent, par suite, être grevés d'hypothèque.

Selon le professeur Yves Gaudemet, « la propriété publique est rigoureusement incompatible avec l'hypothèque proprement dite¹⁰ ».

Quant aux biens du domaine privé, s'ils ne sont pas hors de commerce, certains auteurs estiment qu'ils échappent également aux voies d'exécution de droit commun¹¹.

Toutefois, la jurisprudence admet la validité d'une hypothèque consentie sur le domaine privé d'une personne publique. Le créancier d'une commune, après avoir obtenu un jugement de condamnation, peut donc valablement inscrire une hypothèque sur les biens appartenant à son domaine privé¹².

L'administration fiscale estime d'ail-

leurs que « les immeubles du domaine privé [de l'État, des départements et des communes] sont dans le commerce et peuvent, de ce fait, être hypothéqués »¹³.

Aussi, si un droit consenti sur l'immeuble par l'État nous semble parfaitement susceptible d'être hypothéqué, la « qualité » de l'emprunteur fait-elle ou non obstacle à l'éventuelle exécution de l'hypothèque ?

En d'autres termes, la détention de son capital par l'État en fait-elle une personne publique bénéficiant d'une immunité d'exécution ?

b. Absence de bénéfice de l'immunité d'exécution

Dans la mesure où la prise d'hypothèque postule la possibilité pour le créancier de faire vendre l'immeuble grevé¹⁴, il est nécessaire que celui-ci puisse être saisi.

Or, aux termes de l'article L.2311-1 du code général de la propriété des personnes publiques : « Les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 sont insaisissables ».

Ces dernières bénéficient donc d'une immunité d'exécution, les tiers créanciers étant insusceptibles d'utiliser les voies d'exécution de droit privé à leur rencontre.

Par personnes publiques « mentionnées à l'article L. 1 », on entend évi-

demment l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics. Cependant, une partie de la doctrine estime, qu'en dépit de la référence à l'article L.1, l'immunité d'exécution bénéficie également aux personnes publiques *sui generis*¹⁵. Ces auteurs fondent leur analyse sur un arrêt rendu par la Cour de Cassation rendu le 21 décembre 1987, BRGM, aux termes duquel a été consacré « un principe général du droit suivant lequel les biens des personnes publiques sont insaisissables » sans faire de distinction entre les personnes publiques traditionnelles et *sui generis*.

Pour autant, les sociétés, y compris les sociétés d'économie mixte, sont exclues du bénéfice de l'immunité d'exécution dès lors que ce sont des personnes privées. Elles sont donc soumises aux voies d'exécution du droit privé¹⁶ peu importe qu'elles soient ou non investies d'une mission de service public ou agissent pour une collectivité locale¹⁷.

Or, l'emprunteur a, alors même qu'elle est détenue intégralement par l'État est une personne privée qui a pris la forme d'une société anonyme dès sa création. Il en résulte que l'emprunteur et par suite, ses filiales, sont exclues du bénéfice de l'immunité d'exécution. 🍷

10. Y. Gaudemet, Hypothèque et domaines des personnes publiques, Dalloz Affaires 1996, p. 33.

11. J. Mestre, JCl Civil Code, Fasc. unique : Hypothèques – Biens et droits susceptibles d'hypothèque, 7 mars 2011, mise à jour 11 décembre 2013.

12. Cass. Req, 18 décembre 1893, S.1894, 1, p.456.

13. BOI-REC-GAR 10-20-10-10-20120912 publié au BOFIP le 12 septembre 2012.

14. Article 2464 du code civil.

15. P. Delvolvé, L'exécution contre l'administration, RTD Civ.1993, p.151.

16. V. R. Perrot et P. Théry, Procédures civiles d'exécution : Dalloz 2^e éd. 2005, n° 197.

17. CA Versailles, 2 juin 1986 : D. 1987, jurispr. p. 86, obs. J. Prévault. – TGI Bourges, 20 avr. 1989, SCTB c/ SEMIC.

DROIT IMMOBILIER

ÉTENDUE DE LA NULLITÉ D'UN CONTRAT DE CCM

Dans cette décision, la Cour de cassation prend parti sur l'étendue de la nullité frappant un contrat de construction de maison individuelle, en raison du non-respect par le constructeur des articles L. 231-2 du code de la construction et de l'habitation. Elle prononce la nullité de l'entier contrat, au motif du caractère d'ordre public des clauses litigieuses.

Civ. 3^e, 15 oct. 2015, FS-P+B+R, n° 14-23.612

Extraits : (...) la cour d'appel, qui en a exactement déduit

que le contrat conclu ne répondait pas aux dispositions d'ordre public de l'article L. 231-2 du code de la construction et de l'habitation et devait être annulé en sa totalité et non en ses seules clauses irrégulières, l'article L. 231-3 ne réputant non écrites que les clauses limitativement énumérées ayant pour conséquence de créer un déséquilibre en défaveur du maître de l'ouvrage et présentant un caractère abusif, a, sans être tenue de procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée, légalement justifié sa décision de ce chef (...)

DROIT DES SÛRETÉS

CARACTÈRE FUTUR DE LA DETTE SANS INCIDENCE SUR L'APPRÉCIATION DU CAUTIONNEMENT

La Chambre civile précise que la disproportion du cautionnement s'apprécie en considération de l'endettement global de la caution au moment où cet engagement est consenti, sans incidence du caractère futur de la dette garantie.

Com. 3 nov. 2015, F-P+B, n° 14-26.051

Extraits : (...) Vu l'article L. 341-4 du code de la consommation (...) Qu'en statuant ainsi, alors que la disproportion du cautionnement s'apprécie en prenant en considération l'endettement global de la caution au moment où cet engagement est consenti, sans avoir à tenir compte de ses engagements postérieurs, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le dernier grief : CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 13 mars 2014, entre les parties, par la cour d'appel de Paris (...)

DROIT DES CONTRATS

APPRÉCIATION DE L'INTENTION LIBÉRALE CARACTÉRISTIQUE D'UNE DONATION INDIRECTE ET DE LA VALEUR À RAPPORTER

L'intention libérale, caractéristique d'une donation indirecte, ressort de la sous-évaluation systématique des transactions intervenues entre les parties aux actes translatifs de propriété et du caractère occulte des avantages consentis par l'une des parties au profit de l'autre.

Civ. 1^{re}, 21 oct. 2015, F-P+B, n° 14-24.926

Extrait : (...) Mais attendu que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis que la cour d'appel a estimé que la sous-évaluation systématique du montant des transactions intervenues entre les parties et le caractère occulte des avantages ainsi consentis démontraient la volonté manifeste des époux X... de gratifier leur fille ; que le moyen ne peut donc être accueilli (...) PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi (...)

CONTACTS : Lasaygues & Associés • 142 Boulevard Haussmann • 75 008 Paris • tél. : 01 42 68 83 50 • www.lasaygues.com

ÉQUIPE DE RÉDACTION : Didier Lasaygues, Notaire Associé > didier.lasaygues@lasaygues.com • Hubert de Vulgrenant, Notaire Associé >

hubert.devaulgrenant@lasaygues.com • François Gauthier, Notaire > francois.gauthier@lasaygues.com • Marie-Élisabeth Mathieu, Maître de

conférences à l'Université d'Évry Val d'Essonne, professeur au Centre de formation professionnelle de Notaires de Paris > marie-elisabeth.mathieu@lasaygues.com •

Valérie Depadt, Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris 13, chargée d'enseignement à Sciences Po • Muriel Michaelis, Secrétaire de rédaction •

fannyetflora.com, Graphisme • Ogcommunication, Impression

À PROPOS DU PROJET DE RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS

Prenant acte du caractère progressif de la conclusion des contrats, le projet de réforme grave dans le marbre de la loi deux des principaux contrats préparatoires.

La loi n° 1015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures collectives dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, en habilitant le gouvernement à prendre par ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi pour « modifier la structure et le contenu du Livre III du code civil », prévoit que ladite ordonnance devra être prise dans un délai de douze mois.

Le premier trimestre de l'année qui s'annonce devrait donc être marqué par la publication d'un texte longuement mûri, notamment au travers des avant-projets Catala, puis Terré, qui ont précédé le travail de la Chancellerie.

Le chapitre 2 du projet d'ordonnance, relatif à la formation du contrat, débute par une section 1 réservée à « La conclusion du contrat », dont la sous-section 3 porte sur « La promesse unilatérale et le pacte de préférence ».

Nous proposons ici de nous attarder sur ces deux contrats préparatoires qui, jusque-là ignorés du Code civil, ont suscité tant l'attention de la jurisprudence que les débats de la doctrine. La promesse unilatérale trouve sa consécration légale à l'article 1124 du projet, où elle est définie comme « le contrat par lequel une partie,



le promettant, consent à l'autre, le bénéficiaire, le droit, pendant un certain temps, d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ».

L'acte en question est donc présenté comme un contrat unilatéral par lequel une des parties, le promettant, s'engage envers l'autre, le bénéficiaire. Ce dernier, durant le délai imparti, reste libre de sa décision, à laquelle est subordonnée la conclusion du contrat définitif.

L'alinéa 2 de l'article tire les conséquences de l'alinéa 1^{er}, en énonçant que « La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis ». Tout en valorisant l'exécution en nature, les rédacteurs du texte manifestent ici leur volonté de clore le débat relatif à la sanction de la rétractation de la promesse dans le délai imparti, en décidant que le promettant, lorsqu'il donne son consentement à la promesse, consent dans le même temps au contrat définitif. (...)

« le texte nous semble recéler une imprécision qui, si elle persiste, devrait donner lieu à un abondant contentieux. »

(...) Cette orientation prend le contre-pied de la jurisprudence du 15 décembre 1993¹, toujours en vigueur, selon laquelle lorsque le contractant retire sa promesse avant la levée de l'option par le bénéficiaire, mais dans le délai dont ce dernier disposait, son comportement ne peut donner lieu qu'à l'attribution de dommages-intérêts. Cette position repose sur l'idée que le promettant, s'il a donné son consentement au contrat préparatoire, ne l'a pas pour autant donné au contrat « préparé ». Ainsi, les partisans de la jurisprudence précitée, rappelant que le principe de liberté contractuelle a valeur constitutionnelle, dénoncent l'inconstitutionnalité de la disposition.

L'alinéa 3, également relatif à la sanction du non-respect de son engagement par le promettant, refuse tout effet au contrat passé en violation de la promesse, qu'il déclare nul lorsque conclu « avec un tiers qui en connaissait l'existence ». Il apparaît donc qu'à *contrario*, le contrat passé avec un tiers de bonne foi, qui ne connaissait pas l'existence de la promesse, reste valable.

Bien que les discussions autour de l'article 1124 soient focalisées sur un éventuel recours devant le Conseil constitutionnel, le texte nous semble recéler une imprécision qui, si elle persiste, devrait donner lieu à un abondant contentieux. En prévoyant « un certain temps » imparti au bénéficiaire de la promesse, il ouvre la porte aux difficultés d'interprétation des notions générales, que l'exigence d'un délai déterminé aurait permis d'éviter.

Le second des contrats préparatoires envisagé par le projet, à savoir le pacte de préférence, s'y voit présenté comme « le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle se déciderait de contracter ». Cette formulation confère un large domaine d'application à la notion, de même qu'une grande latitude aux parties, puisqu'elle ne fait état d'aucune exigence quant au contenu du contrat.

Au-delà de cette définition attendue, l'article en son alinéa 2 s'attache à la sanction de la violation du pacte, dans l'hypothèse où le débiteur aurait contracté avec « un tiers qui en connaissait l'existence » au mépris de son engagement envers le bénéficiaire. Ce dernier peut alors « agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu ». Le texte reprend ici le célèbre arrêt du 26 mai 2006, dans lequel la Chambre mixte admet pour la première fois que « le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, (...) à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir² ». La reprise n'est cependant pas totale, le projet apportant quelques aménagements au principe posé par la Cour de cassation, qu'il parfait. Ainsi, il corrige l'incohérence – à de nombreuses reprises pointée du doigt par la doctrine – de la sanction qui consiste à permettre

au tiers de demander à être substitué à l'un des contractants d'un contrat annulé, donc ayant cessé d'exister. De plus, des deux conditions auxquelles l'arrêt précité subordonnait cette substitution, à savoir la connaissance par le tiers de l'existence du pacte et l'intention de son bénéficiaire de s'en prévaloir, le projet ne retient que la première, ce qui devrait contribuer à renforcer le principe posé. De fait, la seconde condition représente dans la plupart des cas un obstacle à l'application de la sanction, à tel point qu'elle a été analysée comme la privant de toute efficacité.

L'innovation de la matière résulte de l'alinéa 3 de l'article, qui sécurise l'opération que le tiers s'apprête à conclure en lui accordant une action interrogatoire. Lorsqu'il présume l'existence d'un pacte de préférence, « il peut en demander confirmation par écrit au bénéficiaire dans un délai raisonnable ». L'écrit devra mentionner « en termes apparents qu'à défaut de réponse, le bénéficiaire du pacte de préférence ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers, ni la nullité du contrat ».

Il reste que la preuve de la présomption de connaissance du pacte par le tiers pourra s'avérer difficile à apporter. Or, le tiers qui ignorera le pacte, de même que celui qui parviendra à combattre la présomption – que l'on suppose être simple –, ne risquera pas l'annulation du contrat passé en fraude des droits du bénéficiaire du pacte.

La promesse unilatérale et le pacte de préférence, certes, suscitent un intérêt particulier en raison de la jurisprudence qui s'y rapporte et des réactions doctrinales qu'elle suscite, mais ils ne sont que deux contrats parmi d'autres. À quand le droit spécial des avant-contracts? 🧐

1. Civ. 3^e, 15 déc. 1993, n° 91-10199.

2. Ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19376.