



# Lasaygues & Associés

# La Lettre



**DIDIER LASAYGUES,**  
Notaire Associé

## ÉDITORIAL

**L**e processus de réforme du droit des contrats, entamé depuis plus d'une dizaine d'années, trouve son épilogue dans la promulgation de la loi n° 2016-131 du 10 février 2016, publiée au Journal officiel du 11 février.

L'heure n'est donc plus à la philosophie, mais à la pratique.

La loi nouvelle, longuement pensée, renferme des notions nouvelles dont la détermination du sens et l'interprétation vont, désormais, relever des praticiens et parmi eux des notaires.

De la reconnaissance du pacte de préférence à la révision pour imprévision en passant par la cession de dettes, c'est dans la pratique notariale que la révision connaîtra son baptême. Bien qu'elle consiste pour une partie conséquente en la consolidation d'acquis jurisprudentiels, son incidence sur la pratique notariale est forte. Les actes, afin d'être conformes à la loi, devront être complétés ou revus sur des points sensibles. Les dangers des dispositions légales devront être identifiés, analysés puis évités au moyen d'une rédaction adaptée. Parmi les premiers écueils, on peut citer l'obligation de bonne foi qui nécessitera certainement des dispositions

*« L'heure n'est plus à la philosophie, mais à la pratique. »*

particulières destinées à parer toute sanction. De même, en raison de la définition élargie du contrat d'adhésion, il faudra ciseler des formules suffisamment précises afin d'éviter qu'un acte négocié, mais dont certaines dispositions ont été proposées par l'une des parties, ne puisse entraîner la qualification du contrat en contrat d'adhésion, soumis au contrôle des clauses abusives.

Il reviendra aux praticiens d'initier leurs clients au droit réformé. Par exemple, sur le fondement du devoir d'information précontractuelle, il leur faudra inciter les parties à échanger toute information susceptible de déterminer le consentement du contractant.

Cette réforme est encore imprécise dans divers domaines (notamment sur la cession de dette et la généralisation des devoirs d'information) et va exiger des praticiens une attention sans faille. ☺

**PROCHAINE CONFÉRENCE • MERCREDI 26 OCTOBRE**

**« Entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats : perspectives pratiques & changements concrets »**

# LA COMMERCIALISATION EN LIGNE DES PRODUITS FINANCIERS

## *Quels risques pour l'investisseur en ligne ? (Partie 1)*

**1.** La distribution en ligne de services financiers s'est organisée<sup>1</sup> et a trouvé son cadre juridique<sup>2</sup>. Internet plébiscite l'émergence d'un cyberspace financier via des établissements de crédit ou des entreprises d'investissement qui commercialisent en ligne l'ensemble de leurs services via internet.

Au fil du temps, se sont créées de véritables start-up dans ce domaine : en témoigne la création par la banque Enba de sa filiale britannique Fisrt-e group qui s'est elle-même ralliée aux espagnols BBVA et Terra Networks pour créer Uno-First Group, première banque européenne sur internet<sup>3</sup>. L'objectif est d'optimiser la vente de services financiers en ligne, « en un seul clic », de les offrir à une clientèle internationale à des coûts défiant toute concurrence en raison de l'automatisation des transactions et enfin d'élargir, au fur et à mesure des alliances, la zone visée par l'offre à de nombreux pays. Les services en ligne offrent une certaine autonomie au client : il peut seul effectuer des virements, contrôler ses comptes, émettre des ordres d'achat, des ventes d'actions et ce où qu'il se trouve.

**2.** Les chiffres de ce cyberspace financier de la banque de détail sont à eux seuls suffisamment parlant. Aujourd'hui ING Direct devient la première enseigne 100% internet à dépasser le million de clients. Cette filiale d'ING, géant néerlandais de la banque et de l'assurance, est arrivée sur le marché français il y a une quinzaine d'années, en 2000, avec en tête de gondole un compte sur livret fiscalisé mais à taux très compétitif. Puis, à court terme, Boursorama Banque avec ses 750 000 clients en septembre 2015 est la seule banque, actuellement, à pouvoir espérer atteindre la barre du million de clients. Cette filiale de la Société Générale maintient son rythme d'acquisition actuel (85 000 clients en 2013, 110 000 en 2014, déjà 100 000 en 2015),

et devrait parvenir au million de clients dans le courant de l'année 2017. Quant à Fortuneo, filiale du Crédit Mutuel Arkea, elle doit actuellement s'approcher des 350 000 clients et conforter sa place sur le podium de la banque en ligne française. Enfin, dernière-née des banques en ligne, Hello bank est entièrement adossée à BNP Paribas, dont elle n'est qu'une extension numérique. La marque a toutefois des moyens importants et a actuellement « largement dépassé » ce chiffre de 101 000 clients en 2015.

**3.** Un premier constat s'impose alors : internet est un canal incontournable de la « relation bancaire ». Un second en découle : les clients investisseurs sont à protéger car désarmés face aux offres en ligne et notamment face aux propositions d'investissement à haut rendement. L'AMF doit donc aujourd'hui protéger ses épargnants (I) victimes d'activités financières en lignes illégales (II).

### **DE LA PRÉVENTION À LA SANCTION**

**4.** Depuis 2014 l'AMF a été alarmée par les nombreuses plaintes reçues de clients séduits par le trading sur CFD – Contract for Difference – et Forex et y ayant perdu des sommes importantes. L'AMF a procédé à une série de contrôles puis a lancé une étude couvrant un large panel d'investisseurs particuliers et visant à déterminer leurs profits ou pertes sur ces instruments financiers. Cette étude parue en 2014<sup>4</sup> confirme le danger de ces marchés pour le grand public : entre 2009 et 2012, non seulement 9 clients sur 10 y ont été perdants mais plus les traders particuliers ont passé d'ordres ou plus leurs mises ont été importantes et plus leurs pertes ont été significatives. Cette étude, portant uniquement sur des prestataires régulés, a confirmé le niveau de risque élevé de ces instruments financiers, ina-

1. B. Sousi, « L'adaptation du droit bancaire et financier européen aux nouvelles technologies », RJ com. 2001, p. 77 ; M. Lipskier, « Internet et les marchés financiers », Actes prat. 1999, n° 44, p. 4. ; J. Huet, « La problématique du commerce électronique », RJ com. 2001, p. 17. | 2. Pour exemple, le Guide des bonnes pratiques en matière de banque en ligne, FDBF, 2002 disponible sur : [www.fbf.fr](http://www.fbf.fr). | 3. La Tribune, 7 mars 2000, p.28. | 4. V. site de l'AMF : [www.amf-france.org](http://www.amf-france.org)

daptés aux investisseurs particuliers. De surcroît, les offres en ligne pour trader émanent de nombreuses sociétés qui ne disposent pas toujours des autorisations nécessaires et exercent en toute illégalité. Parmi ces sociétés, certaines se livrent à de véritables escroqueries, sous le couvert de sites attractifs, apparemment sérieux et professionnels. En réalité, l'argent misé par les particuliers est tout simplement détourné et les recours contre cette escroquerie limités. Pour protéger les clients de ces agissements de sociétés peu scrupuleuses, la prévention reste l'arme la plus efficace. C'est pourquoi l'AMF a lancé, en octobre 2014, une vaste campagne de communication sur internet pour sensibiliser les internautes aux dangers du Forex<sup>5</sup>.

**5.** En effet, la relation instaurée en ligne entre le client et le prestataire est dépersonnalisée par rapport aux relations contractuelles traditionnelles. Il est donc nécessaire de procéder à l'identification du prestataire et de mettre à la disposition du public une liste de prestataires agréés, notamment lorsque l'activité est dirigée vers la France. Cette exigence d'identification a été posée, par l'article 19 de la LCEN<sup>6</sup>, pour tout prestataire exerçant « une activité économique

par laquelle (elle) propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services (...) »<sup>7</sup> que l'activité soit ou non réglementée. Il est en conséquence obligatoire, depuis le 22 juin 2004, d'afficher sur la page d'accueil d'un site bancaire ou financier un certain nombre de mentions destinées à l'identification du prestataire et à renseigner la clientèle sur sa capacité d'exercer. Ces mentions s'ajoutent à celles déjà requises par les législations sectorielles<sup>8</sup>.

**6.** L'autorité des marchés financiers<sup>9</sup> conseille aux investisseurs français de faire preuve de la plus grande prudence face à des produits ou des services financiers proposés par des sociétés inconnues, soit par le biais de site internet, soit à l'occasion de publicités et plus spécialement de courriers électroniques non sollicités. L'AMF émet, depuis un certain temps des mises en garde<sup>10</sup> régulières dénonçant ainsi les activités de sociétés proposant des services d'investissement sans autorisation.

Elle a ainsi dénoncé plusieurs types de pratiques<sup>11</sup> et notamment celles des programmes d'investissement à haut rendement. Ce sont des sociétés en général « off shore » offrant au (...)



**5.** Rapport AMF 2014, chapitre 1, l'autorité des marchés financiers [www.amf-france.org](http://www.amf-france.org) et les épargnants. | **6.** V. infra, Titre I, chapitre 2, n° 98-99. | **7.** Art. 14 LCEN. | **8.** Voir en ce sens, M.E. MATHIEU, les services bancaires et financiers en ligne, revue Banque, Edition 2005. | **9.** Voir les mises en garde émanant de l'Autorité des marchés financiers disponibles sur [www.amf-france.org](http://www.amf-france.org). | **10.** Voir en dernier lieu la mise en garde de l'AMF contre les activités de la société E Net spéculation (1<sup>er</sup> juin 2004) et celle concernant le démarchage irrégulier de I- Forex (5 avril 2004) disponibles sur [www.amf-france.org](http://www.amf-france.org). | **11.** La liste de ces différentes pratiques telle que la filière « nigériane » ou « félicitations, vous avez gagné le gros lot » est disponible sur le site de l'AMF, op. cit.

(...) public de gérer leurs fonds en les plaçant sur des marchés à « haut rendement ». Ces produits financiers sont dits « sans risque » (!), le rendement est garanti (!), les échanges d'informations se font à distance – courrier électronique, télécopie, etc. – et le versement des fonds se fait par le biais de systèmes de micro-paiement en ligne. Ces sociétés utilisent les souscriptions des nouveaux entrants pour payer aux premiers investisseurs les gains promis. Une fois rassurés sur les perspectives de rendement, ces derniers réinvestissent. La société récupère alors les fonds qu'elle a versés puis disparaît au bout d'un certain temps avec les investissements des souscripteurs. Cette technique se rencontre sur internet, alors même que le rendement d'un produit financier est justement la contrepartie du risque pris par l'investisseur : il ne peut donc exister d'investissement sans risque avec un rendement élevé et sûr !

**7.** C'est ainsi que le courtage sur le FOREX ou les CFD – contract for difference – est souvent proposé par des sociétés qui exercent illégalement leur activité en France. En 2014, pour la première fois, l'AMF a utilisé, à propos du Forex, la voie judiciaire pour obtenir le blocage de l'accès à des sites de trading. Après avoir mis en demeure les opérateurs, les hébergeurs et les fournisseurs d'accès, l'AMF a ainsi obtenu trois ordonnances du Tribunal de grande instance de Paris prononçant une injonction judiciaire de bloquer l'accès de cinq sites proposant des transactions sur le Forex<sup>12</sup>.

L'AMF s'emploie, aux côtés de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), à mettre en garde le public contre les dangers liés à l'investissement sur le Forex. Les deux autorités publient régulièrement une liste des acteurs fournissant des services d'investissement sans autorisation sur le territoire français. Ainsi, le 14 décembre 2015, l'ACPR, l'AMF et la DGC-CRF ont attiré l'attention du public sur une vaste communication intitulée « Plan B »<sup>13</sup>. Concrètement, à travers plusieurs sites internet – notamment [leplanb.biz](http://leplanb.biz), [Interactiveoption.com](http://Interactiveoption.com) et [BourseBinaire.fr](http://BourseBinaire.fr) –, les internautes sont invités à investir en options binaires c'est-à-dire à acheter des options offrant deux résultats possibles de gain connu à l'avance ou de perte totale. Par conséquent, l'ACPR, l'AMF et la DGCCRF

invitent les particuliers à respecter des règles de vigilance avant tout investissement. Ainsi « aucun discours commercial ne doit faire oublier qu'il n'existe pas de rendement élevé sans risque élevé ; tout produit proposant une rémunération sensiblement supérieure aux produits courants d'épargne comporte un risque élevé ; les informations qui vous sont communiquées doivent être claires et compréhensibles ; l'adage n'investissez que dans ce que vous comprenez évitera bien des déconvenues ; obtenez un maximum d'informations sur les intermédiaires qui proposent le produit (habilitation/agrément, identité sociale, siège social etc.) ».

**8.** Au surplus, l'AMF a institué une campagne de « visites mystères » auprès des banques de détails<sup>14</sup>. Cette campagne de visites mystère met en scène un prospect, disposant d'un patrimoine de 2 600 000 euros après la cession de son entreprise. Ce dernier désire investir le produit de sa vente sans alourdir sa fiscalité. Les objectifs de cette campagne étaient de vérifier si le profil du prospect était correctement recherché : vérifier la pertinence des propositions commerciales par rapport à ce profil, la qualité de l'information donnée sur les produits proposés ; comparer les entretiens tenus dans une banque privée et dans une banque de détail. Cette nouvelle campagne a permis de montrer que les conseillers des banques privées visitées effectuaient une découverte très approfondie du prospect et de sa demande sur la base d'un questionnement généralement plus poussé que dans les banques de détail<sup>15</sup>.

**9.** Enfin, depuis la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation<sup>16</sup>, certains distributeurs de produits « atypiques »<sup>17</sup> peuvent bénéficier d'un statut particulier. Une seconde catégorie d'inter-

**« les clients investisseurs sont à protéger car désarmés face aux offres en ligne et notamment face aux propositions d'investissement à haut rendement. »**

<sup>12</sup>. Tribunal de grande instance de Paris, ordonnance de référés du 15 septembre 2014. Le Président de l'Autorité des marchés financiers en la personne de Gérard Rameix c/ S.A. NC Numericable, S.A. Orange et autres. | <sup>13</sup>. [www.amf-france.org/Actualites/Communiqués-de-presse/AMF/annee2015](http://www.amf-france.org/Actualites/Communiqués-de-presse/AMF/annee2015) | <sup>14</sup>. V. rapport 2014 de l'AMF p.17, disponible sur : [www.amf-france.org](http://www.amf-france.org) | <sup>15</sup>. V. Rapport 2014 de l'AMF disponible sur : [www.amf-france.org](http://www.amf-france.org) | <sup>16</sup>. Voir sur cette loi, RDI 2014 p.608. | <sup>17</sup>. Ce sont des produits financiers relatifs aux œuvres d'art, au vin, etc. Et, indirectement dans le domaine immobilier (C. mon. fin., art L. 550-1, VI) ce sont principalement des panneaux solaires, immeubles par destination pour ceux installés sur les toits des habitations.

médiaires en biens divers visant toutes les personnes qui offrent des droits sur un ou plusieurs biens en mettant en avant une espérance de rendement a été créée. Ces derniers ont un statut plus léger que les intermédiaires classiques en produits financiers relevant du I L. 550-1 du Code monétaire et financier.

Ainsi, la communication à caractère promotionnel à respecter qui est celle des produits applicables aux produits d'épargne sous forme d'instruments financiers (information équilibrée, présentation des risques, etc.), n'est pas destinée à faire l'objet d'un examen préalable par l'AMF, mais simplement d'un contrôle a posteriori. Et, l'AMF ne peut contrôler et sanctionner ces intermédiaires. Elle prononce simplement des injonctions qui peuvent être rendues publiques, à l'encontre de ces intermédiaires ne respectant pas les règles de communications promotionnelles. Bien entendu, cette compétence de l'AMF n'exclut pas la compétence générale de contrôle et de sanction de l'autorité administrative, à savoir la DGCCRF, visée à l'article L. 141-1 du code de la consommation<sup>18</sup>.

**10.** Au-delà de ces mesures de protection, l'AMF est dotée d'un pouvoir de sanction. Par une décision du 25 octobre 2015, elle a prononcé des sanctions contre la pratique du trading en ligne sur le Forex par des particuliers<sup>19</sup>.

Les poursuites engagées par le régulateur visent l'un des principaux courtiers sur le Forex, la société FXCM Ltd. FXCM Ltd est un prestataire de services d'investissement agréé au Royaume-Uni depuis le 27 mai 2003. Sa société mère, FXCM LLC, immatriculée aux États-Unis depuis 1999 et cotée sur le New York Stock Exchange, spécialisée dans les activités de négociation sur les marchés des changes du Forex et sur tous les types de CFD. FXCM Ltd opère en France à la fois en libre prestation de services et, pour les services de réception et transmission d'ordres pour le compte de tiers, d'exécution d'ordres pour le compte de tiers, de gestion de portefeuille pour le compte de tiers et de conseil en investissement, en libre établissement par l'intermédiaire de FXCM France, enregistrée auprès de l'ACPR en tant que succursale de FXCM Ltd. Cette succursale propose ses ser-

## « Les deux autorités publient régulièrement une liste des acteurs fournissant des services d'investissement sans autorisation sur le territoire français. »

vices en ligne par le biais de différentes plateformes électroniques et propose également des plateformes de trading automatisé, qui émettent des ordres pour le compte de clients selon des stratégies préétablies.

FXCM Ltd a fait l'objet d'un contrôle de la part du régulateur sur le respect des obligations professionnelles de la part de sa succursale française en 2013. Il lui est reproché de n'avoir effectué aucune diligence pour vérifier si certains apporteurs d'affaires étaient titulaires des autorisations ou agréments requis. Elle n'a donc pas respecté la règle de bonne conduite énoncée à l'article L.533-11 du Code monétaire et financier, règle qui impose aux prestataires de services d'investissement d'agir « d'une manière honnête, loyale et professionnelle » pour servir au mieux les intérêts de leurs clients. La commission des sanctions a donc établi que les apporteurs d'affaires ont exercé sans agrément une activité de gestion de portefeuille pour le compte de tiers ; la société FXCM Ltd s'étant abstenue de vérifier si les sociétés dont elle exécutait les ordres bénéficiaient des agréments requis : un blâme assorti d'une sanction pécuniaire de 200 000 € est prononcé directement contre la société FXCM Ltd en octobre 2015. En réalité, le débat portait sur la question récurrente de l'agrément bancaire. 🍷

→ RENDEZ-VOUS DANS LA PROCHAINE LETTRE DE L'ÉTUDE N°26, pour la 2<sup>e</sup> partie de l'article.

<sup>18</sup>. Art. L. 550-1 du code monétaire et financier.

<sup>19</sup>. Voir la décision sur [www.amf-france.org](http://www.amf-france.org) et son commentaire par M.STORK, Bulletin Joly Bourse, 1er janvier 2016, p.12.

# CONSTITUTION & MISE EN CONFORMITÉ D'UNE ASSOCIATION SYNDICALE LIBRE

*L'Association Syndicale Libre, par ses statuts, prévoit des règles destinées à assurer le respect du cahier des charges d'un ensemble immobilier. Afin d'accomplir l'objet identifié dans les statuts, une Association Syndicale Libre doit cependant être régulièrement constituée.*



**STANISLAS CHALET**

Une association syndicale libre (ci-après l'ASL) est une association de personnes physiques ou morales qui ont en commun d'être propriétaires d'un bien immobilier situé sur un même périmètre.

Elle est constituée en vue de gérer les parties, les parcelles et les espaces communs soit d'un groupement d'habitations ou d'un ensemble immobilier dit « complexe », soit d'un « lotissement », lesquels ont été le plus souvent définis dans un « cahier des charges » établi par un géomètre-expert. Le seul fait d'être propriétaire ou d'acquérir un immeuble compris dans le périmètre d'une ASL entraîne, de plein droit, la qualité de membre de cette association et, à ce titre, impose de se conformer aux prescriptions, d'une part, du cahier des charges et, d'autre part, des statuts. Aux regard de ces exigences, le notaire, dès lors qu'il est amené à examiner, rédiger ou auditer les statuts d'une ASL, se doit d'être particulièrement prudent.

Ceux-ci, dont la signature représente l'acte fondateur de l'ASL, sont soumis à certaines conditions qui relèvent tant du fond que de la forme (I). Face à ce type d'organisation juridique, le conseil des parties, se doit de connaître les conséquences d'une ASL irrégulièrement constituée ou non conforme à la réglementation actuelle, (II).

## **1 Les modalités de constitution de l'ASL**

Une ASL est principalement régie par ses statuts, qui constituent la « charte fondamentale<sup>1</sup> » du groupement foncier et, surtout, le contrat liant la personne morale à ses membres.

### **A. LES CONDITIONS DE FOND** → **Les textes spécifiques régissant l'ASL**

Les dispositions légales et réglementaires en vigueur relatives à l'ASL sont issues de l'ordonnance n° 2004-632 du 1<sup>er</sup> juillet 2004 et de son décret n° 2006-504 du 3 mai 2006.

Aux termes de l'article 7 de l'ordonnance, « les associations syndicales libres se forment par consentement unanime des propriétaires intéressés, constaté par écrit. Les statuts de l'association définissent son nom, son objet, son siège et ses règles de fonctionnement. Ils comportent la liste des immeubles compris dans son périmètre et précisent ses modalités de financement et le mode de recouvrement des cotisations ».

Comme l'indique le texte, les membres d'une ASL sont nécessairement des propriétaires fonciers et leur consentement unanime est indispensable pour sa constitution<sup>2</sup>.

Outre les mentions obligatoires spécifiques à l'objet, et au siège de l'ASL,

le rédacteur des statuts dispose d'une certaine liberté dans la rédaction des clauses relatives au fonctionnement de l'association.

Dans ce contexte, il lui appartient, en concertation et à la demande de son client, soit (i) de prévoir des dispositions tendant à instaurer une certaine souplesse dans le fonctionnement de l'ASL, laquelle pourra se traduire par des décisions prises à la majorité simple en assemblée générale, ou la nomination d'un Président bénévole, soit (ii) de mettre en place des mécanismes tendant à « fermer » ou « structurer » davantage l'ASL.

Cette structuration passera notamment par la rédaction de clauses se rapprochant des dispositions d'ordre public issues de la loi du 10 juillet 1965. (ordre du jour à transmettre au minimum un mois avant la date de l'assemblée générale, délai de 2 mois pour contester les décisions prises en assemblées générales, périodicité des réunions, modalités de convocations et présence d'un quorum, nomination d'un président professionnel)<sup>3</sup>. L'article 3 du décret dispose que « [...], les statuts de l'association syndicale libre fixent les modalités de sa représentation à l'égard des tiers, de distraction d'un de ses immeubles, de modification de son statut ainsi que de sa dissolution ».

1. C. Atias, (†), « Les associations syndicales libres de propriétaires en lotissement », Edilax, 7<sup>e</sup> édition, p.35. | 2. En cela, l'ASL diffère des autres associations syndicales, non considérées comme « libres », telles que les Associations syndicales dites « autorisées » (ASA), dont la création implique, en outre, l'autorisation d'une autorité administrative. | 3. Loi numéro 65-557 du 10 juillet 1965 sur la copropriété des immeubles bâtis



En pratique, l'ASL est représentée à l'égard des tiers par un Président, dont les conditions d'élection sont librement prévues dans les statuts. Cependant, ni l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juillet 2004, ni le décret du 3 mai 2006 ne confèrent au Président le pouvoir général d'administration de l'ASL, celui-ci étant expressément attribué au syndicat<sup>4</sup>. Les conditions de fonds nécessaires à la constitution d'une ASL sont assez restreintes, et la faiblesse des dispositions prévues tant dans l'ordonnance de 2004 qu'au sein de son décret du 3 mai 2006 impose ainsi aux rédacteurs de recourir aux principes de droit commun prévus par le Code civil.

→ **Les principes du droit commun**  
Les statuts d'une Association Syndi-

cale Libre sont soumis à trois catégories de textes de droit commun.

Le premier se rapporte aux principes généraux du droit des personnes morales, plus précisément à l'article 1240 nouveau du Code civil, inséré au sein des « dispositions générales » du titre consacré aux sociétés. De ce texte, il ressort que le droit des membres de participer aux décisions collectives ne peut être éludé, et l'ordre du jour des assemblées générales de l'ASL doit être suffisamment précis<sup>5</sup>.

Le deuxième a trait aux principes du Code civil relatifs au droit des contrats, codifiés aux articles 1101 et suivants nouveaux du Code civil.

Au premier rang de ces principes, on

retient celui de la force obligatoire du contrat prévu par l'article 1193 nouveau. De fait, la plupart des décisions rendues par les juridictions relatives au fonctionnement et aux rapports entre les membres de l'Association Syndicale Libre sont rendues au visa de ce texte<sup>6</sup>. Cette force obligatoire se manifeste également dans le cadre de la vente de biens dépendant d'une ASL, dans la mesure où l'acte de vente ne peut modifier ni le cahier des charges, ni les statuts de l'ASL, lesquels s'imposent à tous les propriétaires de biens immobiliers situés dans le périmètre de l'Association.

Le rédacteur de l'acte de vente se doit de rappeler à tout futur acquéreur, dès la signature de l'avant-contrat, d'une part qu'il se porte acquéreur d'un bien situé dans le périmètre de l'ASL, d'autre part que le caractère purement « réel » de l'ASL impliquera son adhésion à l'association par la signature de l'acte de vente.

Le troisième porte sur le droit des biens. Il faut préciser que les statuts d'une ASL contiennent des dispositions se rapportant au droit des biens, notamment en ce qui concerne les dispositions relatives aux servitudes grevant les parcelles privatives, propriétés des membres de l'ASL et/ou les parcelles communes, le plus souvent propriétés de l'ASL.

## B. LES CONDITIONS DE FORME

L'article 5 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juillet 2004 énonce que « les associations syndicales de propriétaires peuvent agir en justice, acquérir, vendre, échanger, transiger, emprunter et hypothéquer sous réserve de l'accomplissement des formalités de publicité prévues selon le cas aux articles 8, 15 ou 43 ».

La première étape consiste en une déclaration d'existence à déposer à la préfecture du département ou à la sous-préfecture de l'arrondissement où l'association a prévu d'installer son siège<sup>7</sup>.

Cette déclaration doit être déposée par l'un des membres de l'asso- (...)

4. Article 9 alinéa 1 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juillet 2004. | 5. Aix-en-Provence, 4<sup>e</sup> ch. B, 15 février 2005, n°2005/122 | 6. Cass. 1<sup>re</sup> civ. 27 juin 2000 – D. 2000. 370; Cassation au visa de l'article 1134 ancien du Code civil, au sujet de la nullité de la délibération d'une assemblée générale qui n'a pas respecté les règles statutaires relatives aux modalités de vote.

(...) ciation et, il en est délivré récépissé dans un délai de cinq jours, le délai commençant à courir dès la réception d'un dossier « complet ».

Le dossier de déclaration se compose de l'ensemble des pièces listées à l'article 8 de l'ordonnance susvisée et à l'article 3 du décret du 3 mai 2006.

La seconde étape consiste en la publication des statuts au Journal officiel, effectuée à la diligence de la préfecture ou de la sous-préfecture dans un délai d'un mois à compter de la délivrance du récépissé de la déclaration.

Le défaut de déclaration et/ou de publication n'est pas sanctionné en tant que tel, mais le défaut de leur accomplissement comporte toutefois des conséquences incitant les rédacteurs à être prudent dans leurs diligences.

## 2 Le sort des ASL existantes

Suite à l'entrée en vigueur de la l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juillet 2004 et de la loi dite « ALUR ».

### A. LA MISE EN CONFORMITÉ DES STATUTS SUITE À L'ORDONNANCE DU 1<sup>er</sup> JUILLET 2004

L'ordonnance du 1<sup>er</sup> juillet 2004 a renforcé les exigences en matière de formalités légales<sup>8</sup>.

L'article 60 § I alinéa 2 de ladite ordonnance impose à toutes les associations syndicales de propriétaires dont les statuts ont été établis antérieurement à ladite ordonnance de se mettre en harmonie avec ses disposition dans un délai de deux ans à compter de la publication du décret du 3 mai 2006, soit au plus tard le 5 mai 2008<sup>9</sup>.

## « La Cour de cassation a rendu certaines décisions relativement sévères à ce sujet, se livrant à interprétation stricte des dispositions de ladite ordonnance. »

La Cour de cassation a rendu certaines décisions relativement sévères à ce sujet, se livrant à interprétation stricte des dispositions de ladite ordonnance. Il a ainsi été jugé qu'une association, en l'absence d'accomplissement des formalités légales<sup>10</sup> est « dépourvue de personnalité juridique »

Quelques années plus tard, certaines décisions, ont pu laisser croire à un certain assouplissement des juges. Sans faire référence à la notion de personnalité juridique, la Cour de cassation a jugé « qu'une association syndicale n'a pas la capacité d'ester en justice tant que ses statuts n'ont pas été publiés<sup>11</sup> ». Il fut également jugé que « l'absence de mise en conformité des statuts d'une ASL la prive de sa capacité d'ester en justice mais ne remet pas en cause son existence légale »<sup>12</sup>.

### B. LES INCIDENCES DE LA LOI ALUR SUR LES ASL IRRÉGULIÈRES

Le législateur est intervenu dernièrement pour atténuer ces controverses jurisprudentielles, dans la mesure où

l'article 59 de la loi du 24 mars 2014<sup>13</sup> est venu compléter l'article 60 I de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juillet 2004, lequel dispose désormais dans son alinéa 2, que « par dérogation au deuxième alinéa, les associations syndicales libres régies par le titre II de la présente ordonnance, qui ont mis leurs statuts en conformité avec les dispositions de celle-ci postérieurement au 5 mai 2008, recouvrent les droits mentionnés à l'article 5 de la présente ordonnance dès la publication de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, sans toutefois que puissent être remises en cause les décisions passées en force de chose jugée ».

Désormais, lorsque les statuts d'une Association Syndicale Libre n'auront pas été mis en harmonie avec les dispositions de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juillet 2004, celle-ci conservera son existence et sa capacité générale. Elle pourra ainsi continuer à accomplir son objet statutaire, dont l'entretien et la gestion des équipements communs d'un ensemble immobilier, conclure des contrats, mais également et surtout, régulariser sa situation.<sup>14</sup> Dès lors, une ASL peut régulariser sa situation afin d'être en conformité avec les dispositions de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juillet 2004.

Pour autant, comme il le fut affirmé par la Cour de cassation dans un arrêt en date du 5 juillet 2011<sup>15</sup>, cette possibilité de régularisation restera inefficace dès lors qu'une action en justice aura été préalablement intentée. Il a ainsi été jugé que la « demande émise par une personne dépourvue du droit d'agir en justice [est] irrecevable ». 🍷

7. Ord. 1<sup>er</sup> juillet 2004, art. 8. | 8. La loi du 21 juin 1865, première loi créant un statut aux ASL, exigeait seulement la transmission à la préfecture de l'extrait des statuts | 9. Article 60 alinéa 1<sup>er</sup> de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juillet 2004: « Toutefois, leurs statuts en vigueur à la date de publication de la présente ordonnance demeurent applicables jusqu'à leur mise en conformité avec les dispositions de celle-ci. Cette mise en conformité doit intervenir dans un délai de deux ans à compter de la publication du décret en Conseil d'État prévu à l'article 62 ». | 10. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 15 décembre 2004, Bull. civ. III, n° 238 ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 10 mai 2005, inédit. | 11. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 13 février 2008. | 12. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 11 septembre 2013, n°12-22351 | 13. Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (ALUR) | 14. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 11 septembre 2013, n°12-22351, précité | 15. Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 5 juill. 2011, n° 10-15.374, Bull. civ. III, n° 120.

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 Vaulgrenant, 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

# LA RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS

*L'ordonnance n° 2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a été publiée au Journal officiel du 11 février.*

**A**u-delà des dispositions de l'ordonnance, le rapport remis au Président de la République reflète l'esprit qui a régné sur la préparation du texte et que l'on retrouve tout au long de ses dispositions. Il ne s'est pas agi de refondre en totalité le droit des contrats et des obligations, mais de le moderniser dans le sens d'une accessibilité meilleure et d'une lisibilité renforcée.

Plutôt que l'ouragan d'une révolution, un vent de renouveau a donc soufflé sur notre droit commun des contrats, dont les dispositions du Code civil, il y a quelques jours encore, affichaient deux cents ans d'âge. Certes, cette longévité a été rendue possible par l'œuvre de la jurisprudence, mais l'exercice atteignait ses limites dans la mesure où, forçant les juges à une démarche relevant davantage de la création du droit que de l'interprétation des textes, s'ensuivait une inévitable confusion des pouvoirs. De plus, cette (trop?) large part accordée à la jurisprudence, par nature fluctuante, privait les acteurs de la prévisibilité nécessaire aux initiatives d'ordre économique. À quoi il faut ajouter que le Code civil, qui avait cessé de rendre compte de l'état du droit français des contrats, était reconnu comme dépassé et, de ce fait, pénalisait la France sur la scène européenne. L'objectif affiché dans la loi d'habilitation, qui couvrait l'ensemble de la matière, semble pleinement atteint.



D'une façon générale, l'ordonnance s'attache à l'affirmation des principes généraux, à la simplification des règles applicables aux conditions de validité des contrats, à l'affirmation du principe du consensualisme, à la clarification des règles relatives à la nullité, à la caducité et à l'interprétation des contrats, à la précision de celles afférant à ses effets ainsi qu'à son inexécution, à la modernisation des avant-contrats, à la clarification, de même qu'à la simplification des régimes des obligations et de la preuve.

Le texte ici commenté, à différents endroits, diffère tant du projet que de la loi d'habilitation mais, pétri des apports de la doctrine et de la jurisprudence, il en respecte aussi bien la

politique que l'économie globale. Le premier de ses quatre titres, auquel nous nous intéresserons principalement, traite du fond de la matière, tandis que les autres regroupent des dispositions de coordination, d'application outre-mer et transitoires.

À propos des dispositions transitoires, régies à l'article 9 de l'ordonnance, il faut retenir que l'entrée en vigueur du texte est fixée au 1<sup>er</sup> octobre 2016. Les contrats conclus antérieurement à cette date demeureront soumis au droit positif du jour de leur conclusion. Cependant, les actions interrogatoires, instituées aux articles 1123, alinéas 3 et 4, 1158 et 1183, s'appliqueront aux conventions en cours dès l'entrée en vigueur de l'ordonnance. (...)

## « L'objectif affiché dans la loi d'habilitation, qui couvrait l'ensemble de la matière, semble pleinement atteint. »

(...) Cette exception se conçoit parfaitement, dans la mesure où ces actions, destinées à mettre fin à des situations d'incertitude, sont des dispositifs de nature procédurale qui ne portent aucune conséquence sur les contrats en cours.

Lorsqu'une instance aura été introduite sous l'empire du droit antérieur, l'action – appel et pourvoi en cassation compris – sera poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne.

Dans l'idée de procéder à l'analyse de l'ordonnance au fur et à mesure de nos lettres, nous proposons de nous arrêter dans la présente sur le Titre III intitulé « des sources d'obligations », dans ses dispositions liminaires du premier chapitre et celles de la première section du deuxième chapitre, consacrée à la conclusion du contrat.

Concernant les sources des obligations, inscrites aux articles 1100 à 1100-2, la plus marquante des dispositions nouvelles est celle de l'article 1110, aux termes duquel les obligations « peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui ». Se trouve ainsi consacrée par la loi la jurisprudence relative à la transformation de l'obligation naturelle en obligation civile, dès lors que le débiteur d'une obligation naturelle – à savoir une obligation dictée par la conscience – exécute ou prend l'engagement d'exécuter une telle obligation.

Les dispositions liminaires, insérées aux articles 1101 à 1111-1, débutent par une définition modernisée du

contrat qui abandonne toute référence à la classification, fortement critiquée, des obligations en obligations de faire, de donner ou de ne pas faire. L'article 1104 renforce la portée de l'obligation de bonne foi, jusque-là cantonnée à l'exécution du contrat et désormais étendue à la phase de négociation et de formation du contrat.

Les articles suivants établissent un glossaire des différents types de contrats, sans nouveauté majeure si on les compare aux définitions doctrinales.

La section réservée à la conclusion du contrat se trouve divisée en quatre sous-sections relatives aux négociations (art. 1112 à 1112-2), à l'offre et à l'acceptation (art. 1113 à 1122), aux avant-contrats (art. 1123 à 1124) et aux dispositions propres aux contrats conclus par voie électronique (art. 1125 à 1127-6).

Les négociations précontractuelles font leur entrée dans le Code civil, essentiellement sous la forme de la reprise des principes posés par la jurisprudence, au premier rang desquels la liberté contractuelle et l'obligation de négocier de bonne foi.

L'insertion d'un devoir général d'information, d'ordre public, vient consacrer une tendance bien affirmée de la jurisprudence.

À propos des éléments du consentement au contrat, à savoir l'offre et l'acceptation, l'ordonnance reprend les acquis jurisprudentiels relatifs à sa définition et à ses conditions, tout en apportant quelques innovations. Tout d'abord, elle fournit une

réponse légale à la question très discutée de la sanction d'une rétractation de l'offre pendant le délai, en disposant que la rétractation fautive empêche la conclusion du contrat et engage la responsabilité de son auteur, à l'exclusion de la conclusion du contrat. Ensuite, il est maintenant établi que l'offre est caduque en cas d'incapacité ou de décès de son auteur avant son acceptation, peu important l'existence d'un délai. Enfin, en cas de contrat entre absents, la théorie de la réception est consacrée, puisque le contrat est conclu lorsque l'acceptation parvient à l'offrant. Le lieu de formation désigné est celui où l'acceptation est parvenue.

La sous-section suivante est réservée aux deux contrats préparatoires que sont le pacte de préférence et la promesse unilatérale, dont le non-respect connaît enfin une sanction légale. Celle-ci, pour le premier des deux, entérine la jurisprudence en ce sens que dans l'hypothèse où le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, celui-ci peut agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. Une action interrogatoire est créée, permettant au tiers de demander par écrit au bénéficiaire à la fois de confirmer l'existence du pacte et son intention de s'en prévaloir ou non.

Quant au second, l'ordonnance met fin à une jurisprudence très critiquée, en énonçant que la révocation de la promesse unilatérale pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.

La dernière sous-section est la transposition des articles 1386-1 à 1386-9, dont la place dans le Code civil participe de la cohérence de la présentation du droit. 🌟