



# Lasaygues & Associés

# La Lettre



**DIDIER LASAYGUES,**  
Notaire Associé

## ÉDITORIAL

**L**a loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances du 6 août 2015, dite loi Macron, a concrétisé le principe de libre installation des notaires dans certaines zones du territoire définies par l'Autorité de la concurrence. Le décret d'application du 16 juin 2016 précise les modalités de création, de transfert et de suppression des offices de notaires, d'huissiers de justice et de commissaires-priseurs judiciaires, de même que les modalités de nomination dans ces offices. Il en résulte que pour chaque zone fixée, le ministre de la justice nomme les requérants suivant l'ordre d'enregistrement de leur demande. Toutefois, lorsque le nombre des demandes de création d'office enregistrées dans les vingt-quatre heures suivant la date d'ouverture du dépôt des demandes est supérieur, pour une même zone, aux recommandations, l'ordre de ces demandes est déterminé par tirage au sort en présence d'un représentant du Conseil supérieur du notariat. Le Conseil d'État ayant rejeté ce 17 janvier une demande de suspension du décret autorisant les sociétés civiles professionnelles (SCP) de notaires à candidater pour les nouveaux offices notariaux créés en application de la loi Macron, les premiers tirages au sort d'attribution des nouveaux offices notariaux « vont pouvoir reprendre début février », a annoncé le garde des Sceaux. La loi Macron institue donc le tirage au sort comme modalité de choix de jeunes notaires en concurrence dans une même zone. La disposition laisse dubitatif. Rappelons ici que le tirage au sort consiste à confier au hasard le choix des gagnants et des perdants. Et à propos du hasard, relevons que le mot trouve son origine dans l'arabe az-zahr qui se rapporte au « jeu de dés ». La fonction profonde de l'institution juridique est une fonction de protection des personnes,

*« Quand l'État refuse toute responsabilité, il ne reste que le hasard. »*

de conjuration contre les dangers de la nature humaine, mais aussi contre ce que les anciens appelaient l'ouvrage du sort et que nous qualifions aujourd'hui de malchance. La sélection fondée sur l'aptitude la plus forte, la compétence la meilleure est-elle si indécente qu'on lui préfère le hasard ? L'exemple des facultés atteste de ce qui, si l'on n'y prend pas garde, pourrait devenir une solution en France. Cette pratique du tirage au sort, classiquement réservée aux jeux de loterie, s'est également développée depuis quelques années au sein de certaines filières particulièrement prisées et ans l'incapacité de faire face au nombre de demandes d'inscriptions post-bac. Si nous comparons l'installation des notaires à l'inscription de jeunes bacheliers à l'université, c'est parce que ces dispositifs reposent sur le même fondement, à savoir le refus de toute sélection, le refus par l'état de toute responsabilité. En cas d'incompétence, le discours de l'État pourra être le suivant : « ce n'est pas moi qui ai choisi, c'est le hasard ». L'État est ainsi exonéré de toute responsabilité. Pour terminer, j'aurais juste une question : à quoi cela sert-il de réussir selon son mérite si plus aucune reconnaissance ne vient valoriser les efforts fournis ? La réussite aux examens ou aux concours (notamment pour les offices créés) était au cœur du système français de sélection des élites de la nation, celui qui a permis à la France de développer et conserver une certaine « modernité ». À l'avenir, à quoi servira-t-il d'avoir du « talent » si même l'État refuse de le reconnaître ? 🍀

# LA COMMERCIALISATION EN LIGNE DES PRODUITS FINANCIERS

## Quels risques pour l'investisseur en ligne ? (Partie 2)

→ RETROUVEZ DANS LA PRÉCÉDENTE LETTRE DE L'ÉTUDE N°25, la première partie de cet article.

### LA FOURNITURE DE SERVICES FINANCIERS EN LIGNE : UNE ACTIVITÉ RÉGLEMENTÉE

**11.** La fourniture de services bancaires ou financiers sont des activités réglementées. Seuls les établissements ou entreprises d'investissement régulièrement agréés en France ou pouvant se prévaloir d'un agrément du même type délivré par une autorité de l'espace économique européen peuvent réaliser ce type d'activité sur le territoire français.

Le cadre réglementaire communautaire mis en place pour les services financiers repose, pour l'essentiel, sur un modèle identique pour tous les États membres : l'octroi d'un agrément par les autorités de contrôle du pays d'origine et la reconnaissance mutuelle de cet agrément par les autorités des autres États membres. En revanche, pour des activités hors Union européenne, l'établissement de crédit et/ou l'entreprise d'investissement devront recueillir au préalable l'agrément des autorités du pays visé par l'offre de contracter. Dès lors, la présence sur le territoire français de simples offres publicitaires, sans l'accomplissement de prestations autres relève seulement des dispositions relatives à la sollicitation de la clientèle sans pour autant nécessiter un agrément

**12.** Dans l'espace économique européen, une fois agréée, toute entreprise peut exercer son activité soit par la liberté d'établissement – via une succursale – soit par la libre prestation de services. Ce sont là les effets du passeport européen qui interdit à l'État d'accueil d'imposer des

conditions supplémentaires à l'exercice de l'activité. L'agrément est donc unique et l'établissement sera surveillé par les autorités du pays d'origine. Ces libertés seront, si nécessaire, limitées par des restrictions d'intérêt général adoptées par l'État d'accueil<sup>1</sup>.

L'exercice d'une activité de vente en ligne de services financiers constitue-t-elle une nouvelle activité pour le prestataire, distincte de ses activités traditionnelles et devant, à ce titre, être agréée ? Et, dans l'affirmative, cet agrément est-il nécessaire pour les établissements de crédit ou entreprises d'investissement ayant déjà obtenu un agrément pour leurs activités traditionnelles, ou est-il seulement requis pour ceux qui, non agréés, débutent une activité de ce type exclusivement en ligne ? Enfin, la distribution en ligne de services financiers s'apparente-t-elle à une libre prestation de services ou à une liberté d'établissement ?

Ces questions sont pérennes comme en témoigne la décision récente rendue par l'AMF le 25 octobre dernier et toujours d'actualité. La difficulté récurrente est d'apprécier si l'exercice d'activités financières en ligne, par recours à des moyens installés sur le territoire d'un autre État membre et d'une autre nature qu'une succursale, ressort néanmoins de la libre prestation de services<sup>2</sup>.

**13.** Internet ne constitue pas en soi un nouveau type d'activité mais un outil permettant l'exercice d'opérations à distance. Cet éloignement ne contrarie pas l'internaute qui « dialogue » avec son prestataire en ligne quel que soit l'éloignement géographique et leur implantation réciproque. En revanche, s'agissant d'activités réglementées, le service étant réalisé à distance et donc doté d'une dimension transnationale, l'étude de la capacité à agir du prestataire dans l'espace économique européen ou vers cet espace est un préalable indispensable à toute transac-

1. V. sur les conditions posées pour qu'un État membre adopte ces restrictions : CJCE, 25 juillet 1991, Rec. p. 4221. Il est nécessaire qu'il existe, dans le domaine de l'activité considérée, des raisons impérieuses liées à l'intérêt général telle que la protection des consommateurs ; que la protection de cet intérêt ne soit pas assurée par les règles de l'État où le prestataire est établi ; que le même résultat ne puisse être obtenu par des règles moins contraignantes.

2. V. à propos des services d'investissement, La libre prestation de service en matière de services d'investissement, Rapport du CECEI du 20 novembre 1998.

3. V. Sur ce principe, Introduction, Section I (sous-section I § 1).

tion en ligne. Seuls les prestataires peuvent exercer en ligne une activité financière (A) prenant la forme d'une libre prestation de service (B) ou d'une liberté d'établissement (C).

### A. L'agrément ou la capacité d'exercer

**14.** Les prestataires agréés bénéficient, sur le fondement du Traité de l'Union, de la deuxième directive de coordination bancaire et de la directive sur les services d'investissement, de la reconnaissance mutuelle des agréments, et donc, d'une liberté d'établissement et d'une liberté de prestations de services dans l'État membre d'accueil. C'est le principe de la loi du pays d'origine qui trouve ici son application<sup>3</sup>: dès lors, sur la base de l'agrément du pays d'origine, le prestataire va pouvoir exercer une activité dans le pays d'accueil et ce, en ligne. En réalité, le régime des autorisations est général et ne vise pas spécifiquement les services en ligne, mais toute activité, quel qu'en soit le support, entre dans son champ d'application.

Deux hypothèses sont envisageables :

- Un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement agréé décide d'ouvrir un site actif offrant une vente de services financiers ou bancaires en ligne: aucune autorisation n'est nécessaire si les produits ou services vendus en ligne ont déjà fait l'objet d'une autorisation hors ligne. Le cas échéant, si de nouveaux services sont proposés en ligne mais non agréés, une extension de l'agrément devra être sollicitée ainsi qu'une information préalable des auto-

rités de l'État d'accueil concernées par cette extension.

- Un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement non encore agréé veut exercer une activité bancaire ou financière uniquement par voie électronique vers les États membres: elle doit obtenir au préalable l'agrément requis pour les activités hors ligne traditionnelles et informer l'État d'accueil de sa nouvelle activité. Le fait qu'elle s'exerce exclusivement en ligne ne modifie en rien la réglementation applicable. Dès lors, une fois l'agrément acquis, le prestataire habilité peut exercer son activité sous forme traditionnelle ou en ligne. Mais, s'il l'exerce par ce biais, entre-t-il dans le champ d'application de la libre prestation de services ou de la liberté d'établissement, l'exercice de celle-ci nécessitant une information préalable de l'État d'accueil?

**15.** Par conséquent, le simple fait pour un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement d'avoir un site en ligne proposant des offres de services et accessible d'un ou plusieurs autres États membres est-il caractéristique de l'exercice de la libre prestation de services ou du droit d'établissement? Soit le prestataire a l'intention d'exercer son activité en ligne vers un autre État membre sans pour autant développer une présence permanente dans cet État, et là pour cet exercice de libre prestation de services une simple déclaration est requise soit à l'inverse, le site ainsi créé est telle une succursale et l'exercice du droit d'établissement nécessite une notification. (...)



### (...) **B. L'exercice en ligne de la libre prestation des services**

**16.** Afin de caractériser les hypothèses entrant dans le champ de la libre prestation de services, la Banque de France<sup>4</sup> a relevé un ensemble d'indices. Ces critères pourront être utilisés, à défaut de manifestation expresse du prestataire, en vue d'établir si, par le biais de son site, il exerce pour la première fois vers un État membre une libre prestation de services.

Ces différents critères sont les suivants : la conclusion d'opérations bancaires ou financières à distance sur le site du prestataire par un client non résident et ce sans établir au préalable une relation contractuelle en agence telle que l'ouverture d'un ; l'offre de services est proposée via un correspondant dans le pays du client ; le site est présenté dans la langue du client ; le site du prestataire est accessible par des portails installés dans le pays du client et/ou référencé dans les moteurs de recherche du pays du client ; le prestataire utilise des bandeaux publicitaires associés à un lien hypertexte sur des sites du pays du client et/ou des « mailings » auprès des clients résidant dans d'autres États membres ; le prestataire est présent sur les forums de discussion spécialisés dans le pays du client ; le prestataire utilise un nom de domaine permettant de penser qu'il est installé dans le pays du client.

Tous ces éléments sont susceptibles d'évoluer et ne sont pas tous de même importance. Ils constituent un faisceau d'indices. Ils permettent néanmoins d'apprécier si un prestataire a l'intention d'exercer son activité sur le territoire d'un autre État membre. Si la réunion de ces critères conduit vers l'affirmative, ce prestataire entre dans le champ d'application de la libre prestation de services.

### **3. L'exercice en ligne de la liberté d'établissement**

**17.** La libre prestation de services se distingue de la liberté d'établissement. Cette dernière liberté signifie qu'un établissement agréé ayant son siège social dans un État membre installe une succursale dans un autre État membre. Cette liberté ne s'étend pas aux filiales. L'entreprise entend donc s'établir sur le territoire d'un autre État membre via un siège d'exploitation dépourvu de personna-

## « Internet ne constitue pas en soi un nouveau type d'activité mais un outil permettant l'exercice d'opérations à distance »

lité juridique et qui effectue directement les opérations inhérentes à la « maison-mère ».

Est-ce que l'exercice d'une activité en ligne dirigée vers un État membre équivaut ou non à la présence d'une succursale dans cet État ?

La Commission européenne a pris position sur ce point : « la fourniture de services bancaires à distance, par exemple par internet, ne devrait pas, selon elle, nécessiter de notification préalable dans la mesure où le prestataire ne peut être considéré comme exerçant ses activités sur le territoire du client »<sup>5</sup>. Dès lors, et sous réserve que le prestataire installe un site dans le pays du client ou ouvre une succursale, la délivrance de services bancaires ou financiers via son site ne s'apparente pas à une présence permanente dans le pays du client et ne peut donc relever du droit de l'établissement<sup>6</sup> : la prestation semble localisée sur les ordinateurs du prestataire.

**18.** Mais les autorités compétentes ont une position plus nuancée<sup>7</sup> : l'analyse doit porter sur l'intention du prestataire. Via son site, a-t-il seulement entendu proposer une transaction à une autre clientèle que celle de son État d'établissement – on est alors dans l'exercice de la libre prestation de services – ou à l'inverse, s'agit-il pour lui d'un moyen de développer une présence permanente en France qui s'apparenterait à la création d'une succursale – il s'agit alors de l'exercice de la liberté d'établissement – ?

Si le prestataire installe un site Web dans le pays du client via l'installation d'un serveur avec un nom de domaine suffixé par le sigle du pays, la délivrance de services financiers en ligne peut s'apparenter à une forme de présence permanente dans le pays du client. Si la prise de décision de la conclusion de l'opération se réalise au niveau de l'installation électronique sans que l'établissement d'origine intervienne au cours de l'opération par un ordre de validation, cette installation électronique est une véritable succursale. Il s'agirait donc d'une installation locale autonome. À défaut d'une telle autonomie, il faudra considérer les installations délocalisées comme entrant dans le champ d'exercice de la libre prestation de services. 🍷

4. V. J.C. Trichet, *Livre blanc* « Internet, quelles conséquences prudentielles », 30 janvier 2001, p.42. disponible sur le site de la Banque de France, [www.banque-france.fr](http://www.banque-france.fr)

5. Com. 10 juillet 1997, Communication interprétative relative à la libre prestation de services et à l'intérêt général dans la deuxième directive de coordination bancaire, disponible sur [www.europe.eu.int](http://www.europe.eu.int). 6. En ce sens, J.C. Trichet Livre Blanc : « Internet, quelles conséquences prudentielles », 30 janvier 2001, p. 41, disponible sur le site de la Banque de France, [www.banque-france.fr](http://www.banque-france.fr) 7. Rapport du CECEI 1998, « La libre prestation de services en matière de services d'investissement », op. cit.

# DERNIÈRES ÉVOLUTIONS DU DROIT DE LA COPROPRIÉTÉ ET DES IMMEUBLES COLLECTIFS : LE TEMPS DE LA MISE EN ŒUVRE

*Dès 2017, un certain nombre de règles nouvelles s'ajouteront au régime de la copropriété. Aussi est-ce le moment pour les copropriétaires de s'intéresser à leurs biens en intégrant les dernières mesures législatives dont certaines ont trait à la valorisation énergétique qu'encouragent vivement les pouvoirs publics.*



**TIPHANIE D'AGOSTINO**

## **1. LES MOYENS D'UNE EXPERTISE AFFINÉE**

En 2014, la loi ALUR a prévu diverses mesures d'application différée destinées à l'anticipation des dysfonctionnements pouvant peser sur les copropriétés. La plupart de ces dispositions consistent en une information approfondie des copropriétaires quant à l'état de leur immeuble.

### **→ Obligation d'immatriculation des syndicats de copropriété**

Une obligation d'immatriculation des copropriétés à destination partielle ou totale d'habitation, assortie d'un calendrier qui distingue les copropriétés en fonction de leur importance est désormais inscrite aux articles L711-1 à L711-7 et R.711-1 à R.711-21 du code de la construction et de l'habitation (CCH).

**Obligation d'immatriculation** › L'immatriculation incombe par principe au syndic de la copropriété. Elle devra avoir été réalisée :

- Avant le 31 décembre 2016, pour les syndicats de copropriétaires comportant plus de 200 lots ;
  - Avant le 31 décembre 2017, pour les syndicats de copropriétaires comportant plus de 50 lots ;
  - Avant le 31 décembre 2018, pour les autres syndicats de copropriétaires.
- Ladite immatriculation incombera

au notaire pour les immeubles mis en copropriété après le 31 décembre 2016, ce quel que soit le nombre de lots composant la copropriété.

### **Obligation de déclaration et mises à jour**

› En complément de cette obligation d'immatriculation, le syndic sera tenu d'alimenter et tenir à jour le registre d'immatriculation périodiquement avec des données visées à l'article L711-2 relatives à la copropriété (nom, adresse, date de création du syndicat, nombre et nature des lots, nom, les données essentielles relatives à la gestion et aux comptes du syndicat...). Comme pour l'obligation d'immatriculation, cette obligation de déclaration suit un calendrier selon l'importance de la copropriété.

Ces obligations d'immatriculation et de déclaration sont entièrement dématérialisées. Le site internet qui héberge le registre a été ouvert par le ministère du logement et de l'habitat durable au début du mois de novembre. Ce registre est tenu par l'Agence nationale de l'habitat ([registre-coproprietes.gouv.fr](http://registre-coproprietes.gouv.fr)).

**Sanction** › Le syndic (ou le syndicat en présence d'un syndic non rémunéré)

qui n'aurait pas procédé à l'immatriculation du syndicat de copropriétaires ou qui n'aurait pas transmis les informations prévues à l'article L. 711-2 pourra se voir appliquer une astreinte maximum de 20 euros par lot et par semaine de retard après mise en demeure d'y procéder délivrée soit par l'établissement public, soit par un copropriétaire ou toute personne y trouvant intérêt et restée infructueuse. En cas d'infraction, le syndicat des copropriétaires ne pourra bénéficier de subventions ni de l'État, ni des collectivités territoriales ou de leurs groupements et de leurs établissements publics.

Cette obligation prend toute sa portée en cas de vente d'un lot dans la mesure où le numéro d'immatriculation doit obligatoirement figurer dans l'acte de vente. En cas d'absence d'immatriculation, le notaire se verra tenu d'y faire procéder ou d'y procéder lui-même.

Pour chaque dossier de vente, le notaire vérifiera l'immatriculation. Au cas où elle n'existerait pas, deux situations seront à distinguer :

- soit il n'y a pas de syndic et le notaire devra procéder d'office à l'immatriculation du syndicat ;
- soit il y a un syndic et le notaire devra procéder d'office à l'immatriculation, après mise en demeure du syndic restée sans effet au terme d'un délai d'un mois. (…)

## POINT DE VUE

(...) Les frais engagés par le notaire seront supportés par le syndic ou par le syndicat en présence d'un syndic non rémunéré. Ces obligations incombant au notaire entreront en vigueur selon le même calendrier que l'obligation de déclaration et de mise à jour des données visées par l'article L711-2 du CCH.

**CONSEIL PRATIQUE** En l'absence d'immatriculation, conformément à la réglementation, le calendrier de la vente risquera d'être sensiblement rallongé, le notaire devant faire en sorte que l'immatriculation soit effective au jour de la signature de la vente sous peine de voir éventuellement sa responsabilité professionnelle engagée. En conséquence, il ne sera que fortement recommandé aux clients de s'enquérir des obligations incombant au syndicat des copropriétaires auquel ils appartiennent en se rapprochant de leur syndic afin d'éviter toute perte de temps dans leurs transactions.

### → Diagnostic technique global et plan pluriannuel de travaux

**Diagnostic technique global** Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, le syndicat des copropriétaires de tout immeuble à destination partielle ou totale d'habitation doit organiser un vote pour se prononcer sur la question de faire réaliser un Diagnostic Technique Global (DTG) (article L731-1 du CCH).

Toutefois, par application des articles L731-4 et L731-5 du CCH, la réalisation de ce DTG sera obligatoire pour les immeubles :

- de plus de 10 ans et qui font l'objet d'une mise en copropriété,
- ou qui font l'objet d'une procédure pour insalubrité et pour lesquelles l'administration demande au syndic de réaliser ce DTG.

Le DTG laisse apparaître une évaluation sommaire du coût et une liste des travaux nécessaires à la conservation de la copropriété en précisant, notamment, ceux qui devraient être menés dans les dix prochaines années.

Le décret d'application du dispositif concourant à la réalisation du DTG

a été publié au journal officiel de la République (JORF) le 30 décembre 2016 et est entré en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017.

**Plan pluriannuel de travaux** Afin de tirer les conséquences du DTG, le syndic inscrira à l'ordre du jour de l'assemblée générale suivant sa réalisation la question de l'élaboration d'un plan pluriannuel de travaux ainsi que les modalités générales de son éventuelle mise en œuvre (article L731-2 du CCH).

### → Remise de nouveaux documents à l'acquéreur d'un lot de copropriété

L'article L721-2 du CCH vise une liste de documents devant être remis à l'acquéreur d'un lot ou d'une fraction de lot de copropriété situé dans un immeuble bâti à usage total ou partiel d'habitation. Cette liste, bien connue des notaires, syndics et copropriétaires a d'ailleurs été l'objet d'un des principaux reproches formulés à l'encontre de la loi dit « ALUR », pour son caractère « paperassier ». En vue d'une simplification, l'ordonnance n° 2015-1075 du 27 août 2015 a fort heureusement permis d'alléger le formalisme de transmission de ces documents en autorisant la possibilité d'une simple remise, voire d'une remise dématérialisée sous certaines conditions, au lieu et place d'une annexion au contrat de promesse ou de vente.

L'obligation de remise de certains de ces documents avait été différée dans le temps. Ainsi depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, doivent également être remises (i) les conclusions du DTG qui aurait été réalisé et (ii) pour les copropriétés comportant plus de 200 lots une fiche synthétique regroupant les données financières et techniques essentielles relatives à la copropriété (le décret d'application précisant le contenu de cette fiche synthétique a été publié au JORF le 23 décembre 2016).

## 2. LE DÉVELOPPEMENT D'UNE RESPONSABILISATION ÉNERGÉTIQUE

La lutte contre le dérèglement climatique a entraîné depuis certaines années diverses dispositions qui sont autant de

prémisses à la mise en place d'une véritable responsabilisation énergétique.

### → Obligation de réaliser un DPE ou un audit énergétique

La loi du 10 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement a instauré une obligation de réalisation pour les bâtiments équipés d'une installation collective de chauffage ou de refroidissement d'un diagnostic de performance énergétique (DPE) d'ici le 1<sup>er</sup> janvier 2017.

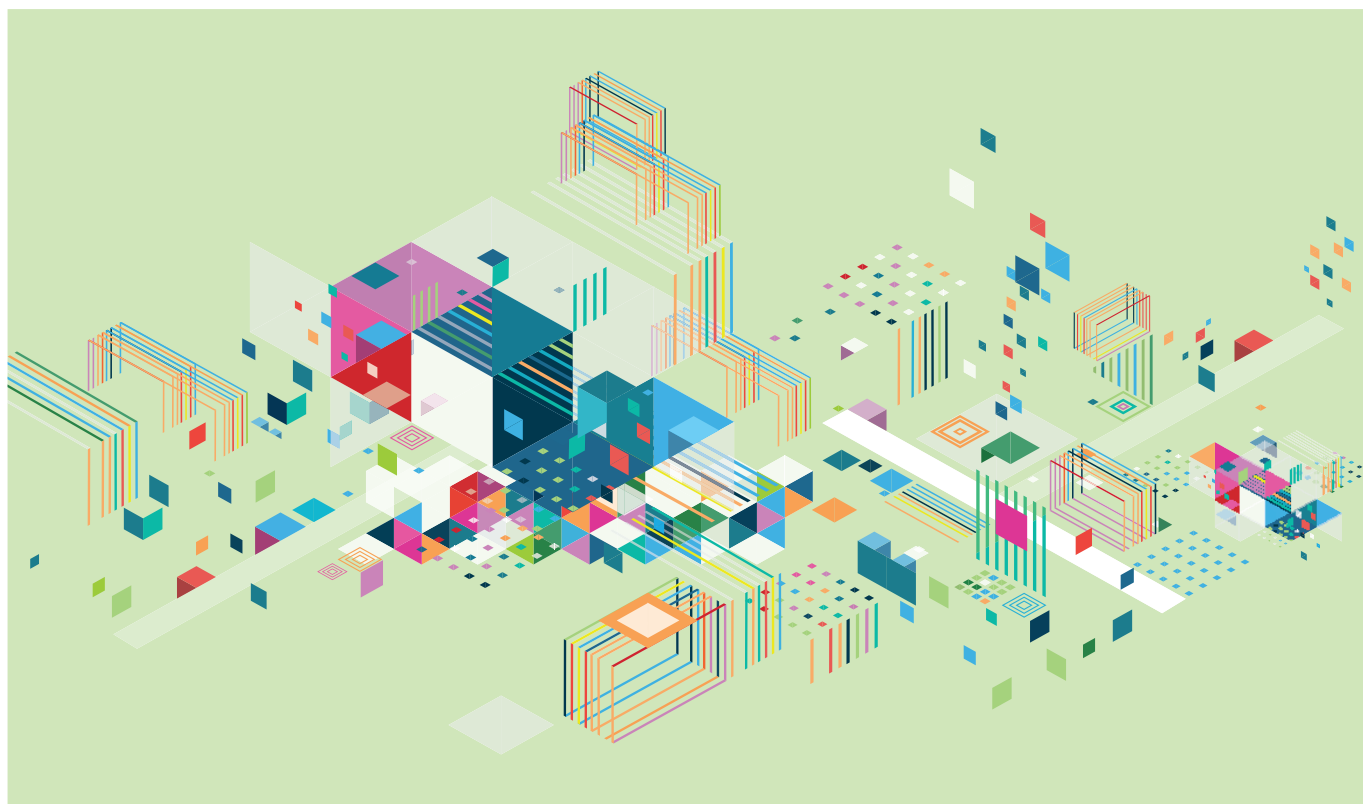
Toutefois, pour certains bâtiments à usage principal d'habitation soumis au régime de la copropriété, à l'obligation d'établissement d'un DPE se substitue celle de la réalisation d'un audit énergétique :

	Demande du permis de construire avant le 1/06/2001	Demande du permis de construire après le 1/06/2001
Copropriété de 49 lots ou moins	DPE	
Copropriété de 50 lots ou plus	Audit énergétique	DPE
Immeuble hors copropriété	DPE	

### → Individualisation des chauffages collectifs

Par la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, le législateur poursuit son travail de sensibilisation et de responsabilisation. C'est ainsi qu'en application de l'article L241-9 du code de l'énergie, il impose aux immeubles collectifs équipés d'un chauffage collectif, sous réserve de certaines conditions, de se munir d'un appareil permettant d'individualiser la quantité de chaleur utilisée par chaque logement ou local :

- au plus tard pour le 31 mars 2017 pour les bâtiments présentant des consommations de chauffage supérieures à 150 kWh/m<sup>2</sup>.an
- au plus tard pour le 31 décembre 2017 pour les bâtiments présentant des consommations de chauffage comprises entre 120 kWh/m<sup>2</sup>.an et 150 kWh/m<sup>2</sup>.SHAB.an,



• au plus tard pour le 31 décembre 2019 pour les bâtiments présentant des consommations de chauffage inférieures à 120 kWh/m<sup>2</sup>SHAB.an.

### → Travaux d'isolation thermique

Toujours par application de la loi sur la transition énergétique et conformément aux articles L111-10 et R131-28-7 à R131-28-11 du CCH, l'entreprise de travaux importants de ravalement de façade, de réfection de toiture (pour les bâtiments à usage d'habitation, de bureau, de commerce et d'enseignement ainsi qu'aux hôtels) ou d'aménagement de locaux en vue de les rendre habitables (pour les bâtiments à usage d'habitation) devra, désormais, sous certaines conditions et dérogations, prendre en compte simultanément la réalisation de travaux d'isolation thermique.

Ces obligations sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017, mais ne s'appliquent pas aux travaux pour lesquels le devis d'engagement de la prestation de maîtrise d'œuvre ou, à défaut, le devis d'engagement de la prestation de travaux aura été signé avant cette date.

Ces obligations s'inscrivent pleinement dans l'objectif clairement affirmé par le législateur au sein de l'article 5 de la loi relative à la tran-

sition énergétique pour la croissance verte, selon lequel :

« Avant 2025, tous les bâtiments privés résidentiels dont la consommation en énergie primaire est supérieure à 330 kilowattheures d'énergie primaire par mètre carré et par an doivent avoir fait l'objet d'une rénovation énergétique. »

### → Carnet numérique

L'article L111-10-5 du CCH instauré par la loi de transition énergétique pour une croissance verte a créé le carnet numérique de suivi et d'entretien du logement. Ce carnet a pour objet de rassembler les informations utiles à la bonne utilisation, à l'entretien et à l'amélioration progressive de la performance énergétique du logement et des parties communes du logement en cas de copropriété.

L'établissement de ce carnet numérique sera obligatoire pour toutes les constructions neuves dont le permis de construire a été déposé depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017 et pour tous les logements faisant l'objet d'une mutation à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2025.

La publication du décret d'application de l'article L111-10-5 du CCH est envisagée pour 2017.

### → Avantages à saisir !

Afin de mener à bien cette politique énergétique, les citoyens peuvent bénéficier d'un bonus de constructibilité pour les bâtiments faisant preuve d'exemplarité énergétique et environnementale ou à énergie positive (articles L151-28 et R431-18 du code de l'urbanisme et R111-21 du CCH), de crédits d'impôts pour la transition énergétique (CITE) (article 200 quater du code général des impôts) et de dérogations aux règles d'urbanisme relatives à l'emprise au sol, à la hauteur, à l'implantation et à l'aspect extérieur des constructions (articles L152-5 et R152-5 et suivants du code de l'urbanisme).

**CONSEIL PRATIQUE** Au-delà d'un idéal politique, voire philosophique, la performance énergétique des bâtiments ne cesse de prendre de l'importance sur le marché immobilier. L'année 2017 devrait être donc l'occasion pour chaque propriétaire d'une réflexion approfondie sur d'éventuels travaux de rénovation porteurs d'un accroissement de « valeur verte ». 🍀

## DROIT IMMOBILIER

## APPLICATION AUX BAUX EN COURS DE L'ARTICLE L. 145-7-1 DU CODE DE COMMERCE

Dans sa décision du 9 février 2017, la troisième chambre civile, statuant en matière d'application de la loi dans le temps, décide que la loi nouvelle réglant la durée du bail s'applique aux contrats en cours d'exécution au jour de son entrée en vigueur. La Haute juridiction semble fonder cette solution inédite sur le caractère d'ordre public du texte.

**Cass. 3<sup>e</sup> civ. 9-2-2017 n<sup>o</sup> 16-10.350 FS-PBI**

**Extrait :** (...) Vu l'article L. 145-7-1 du code de commerce, issu de la loi du 22 juillet 2009, ensemble l'article 2 du code civil ; Attendu que l'article L. 145-7-1 précité, d'ordre public, s'applique aux baux en cours au jour de son entrée en vigueur (...) PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 10 novembre 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Poitiers (...)

## DROIT DES SÛRETÉS

## VALIDITÉ DU CAUTIONNEMENT COMPORTANT DES MENTIONS MANUSCRITES CONTRADICTOIRES

La contradiction entre deux mentions manuscrites prévoyant une durée différente ne porte pas de conséquence sur la validité de l'acte de cautionnement dès qu'une des deux mentions litigieuses se trouve être conforme à celle prescrite par la loi.

**Cass. com., 31 janv. 2017, n<sup>o</sup> 15-15.890, F+P+B+I:**

**Extrait :** (...) qu'ayant ensuite exactement considéré que la validité de l'engagement n'était pas affectée par la contradiction entre ces deux dates, dès lors que l'une des mentions manuscrites était conforme à celles prescrites par la loi, la cour d'appel a, dans l'exercice de son pouvoir souverain, retenu que les parties avaient entendu limiter le cautionnement aux seuls engagements souscrits par la société débitrice au plus tard le 31 octobre 2011 ; que le moyen n'est pas fondé ; Par ces motifs : REJETTE le pourvoi (...)

## TAUX EFFECTIF GLOBAL

## POINT DE DÉPART DE LA PRESCRIPTION L'ACTION EN NULLITÉ DU TEG AU JOUR DE LA CONNAISSANCE DE L'ERREUR

La chambre commerciale de la Cour de cassation, rejoignant la position de la première chambre civile, définit le point de départ de la prescription de l'action en nullité du taux effectif global au jour où l'emprunteur a connu ou aurait dû connaître l'erreur affectant celui-ci, non à celui de la conclusion du contrat de prêt.

**Cass. com., 31 janv. 2017, n<sup>o</sup> 14-26.360, FP-P+B+I:**

**Extrait :** (...) Qu'en statuant ainsi, alors que le point de départ de la prescription de l'action en nullité du taux effectif global se situe au jour où l'emprunteur a connu ou aurait dû connaître l'erreur affectant celui-ci, la cour d'appel, qui a retenu comme point de départ de cette prescription la date d'un document ne constatant aucun taux effectif global, a violé les textes susvisés ; Par ces motifs et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs : CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 11 septembre 2014, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence (...)

## PROCHAINE CONFÉRENCE • MERCREDI 22 MARS

## « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le bail commercial »

**CONTACTS :** Lasaygues & Associés • 142 Boulevard Haussmann • 75 008 Paris • tél. : 01 42 68 83 50 • [www.lasaygues.com](http://www.lasaygues.com)

**ÉQUIPE DE RÉDACTION :** Didier Lasaygues, Notaire Associé > [didier.lasaygues@lasaygues.com](mailto:didier.lasaygues@lasaygues.com) • Hubert de Vulgrenant, Notaire Associé >

[hubert.devaulgrenant@lasaygues.com](mailto:hubert.devaulgrenant@lasaygues.com) • François Gauthier, Notaire > [francois.gauthier@lasaygues.com](mailto: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](mailto: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 •

[fannyallemand.com](http://fannyallemand.com), Graphisme • Ogcommunication, Impression



# LES AVANT-CONTRATS DANS L'ORDONNANCE DU 2 FÉVRIER 2016

*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 2016.*

L'ordonnance du 10 février 2016, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> octobre, marque l'entrée des contrats préparatoires dans le Code civil. À cette fin, la sous-section 3 du Chapitre II, inséré dans le sous-titre III intitulé « Des sources d'obligations », se trouve entièrement réservée aux principaux contrats préparatoires que sont le pacte de préférence et la promesse unilatérale. Cette consécration des contrats préparatoires, si elle ne bouleverse pas le régime antérieur en ce qu'elle reprend nombre de points établis par la jurisprudence, comporte néanmoins quelques nouveautés qu'il convient de souligner. Les contrats visés par la réforme sont les plus fréquents en pratique. Il s'agit du pacte de préférence, de la promesse unilatérale et, dans une moindre mesure, de la promesse synallagmatique.

**Le pacte de préférence** est défini à l'article 1123 nouveau du Code comme « le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter ».

Ce type d'avant-contrat, très répandu en droit des affaires et en matière immobilière, sous-entend l'engagement par le promettant de ne conclure parallèlement aucun autre contrat susceptible de conférer un droit de préemption empêchant la préférence : « Si le fait, pour le propriétaire d'un



fonds, d'accorder un droit de préférence en cas de vente, ne lui interdit pas, à lui seul, un usage normal de ce fonds, ce propriétaire, en le louant ultérieurement à un tiers qui bénéficie lors de la vente d'un droit de préemption, prive le droit de préférence de son contenu. Dès lors, le propriétaire s'étant mis volontairement dans l'impossibilité d'exécuter le pacte de préférence doit payer des dommages-intérêts au bénéficiaire privé de son droit [...]» (Civ. 3<sup>e</sup>, 10 mai 1984, n° 82-17.09, Bull. civ. III).

Forts d'un contentieux abondant de la matière, les rédacteurs de l'ordon-

nance ont réservé la majeure partie de l'article d'une part à la sanction de la violation du pacte, d'autre part aux moyens de l'empêcher. Concernant la sanction, le texte distingue selon que le tiers contractant s'avère de bonne ou de mauvaise foi. Dans la première hypothèse, le bénéficiaire du pacte obtiendra des dommages-intérêts sans possibilité de remettre en cause le contrat emportant violation de son droit. Dans la seconde, à savoir lorsque le tiers connaissait à la fois l'existence du pacte et l'intention de son bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier pourra demander soit (...)

## « La promesse unilatérale, dont on a pu comparer les effets à ceux d'une simple offre, voit sa portée sensiblement renforcée en termes d'efficacité »

(...) la nullité du contrat litigieux, soit sa substitution dans celui-ci. On constate donc la reprise de la jurisprudence de 2006 mais également, dans un souci de cohérence dominant l'ensemble de l'ordonnance, l'aménagement de la sanction qui consistait à permettre au bénéficiaire du pacte de demander dans un même temps l'annulation du contrat passé en fraude de ses droits et sa substitution au tiers, en d'autres termes sa substitution dans un contrat annulé (Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376, Bull. civ. IV). Il revient désormais au contractant lésé de choisir entre nullité et substitution.

Concernant les moyens d'éviter la violation du pacte, l'ordonnance instaure le mécanisme de l'action interrogatoire également dénommée action interpellatrice. Celle-ci, qu'il est plus juste de qualifier « d'interpellation interrogatoire », permet à la personne s'appêtant à conclure un contrat d'interroger le bénéficiaire du pacte afin de connaître ses intentions au regard de son droit de préférence. Partant, aux termes de l'article 1123, alinéa 3 « Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir ». Il revient donc au tiers de s'assurer préventivement qu'il ne spolie personne mais l'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans un délai raisonnable, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter ni sa substitution au contrat conclu avec le tiers, ni la nullité dudit contrat. Précisons que cette nouvelle sorte d'actions ne concerne pas exclusivement le pacte de préférence. Elle

se retrouve à d'autres endroits du Code, notamment aux articles 1158 et 1189 respectivement relatifs aux pouvoirs du représentant et à l'action en nullité, ainsi l'article 1123.

À l'instar du pacte de préférence, la **promesse unilatérale** connaît maintenant une définition légale qui laisse apparaître clairement le caractère potestatif du droit par elle créé au bénéfice de son titulaire. Selon l'alinéa 1er de l'article 1124, elle est « le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit 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'alinéa 2 du texte apparaît comme la mesure la plus novatrice du texte dans la mesure où il met fin à la célèbre jurisprudence Cruz de 1993 qui, dans le cas de la violation de la promesse, n'octroyait au bénéficiaire qu'une réparation en dommages-intérêts. Dorénavant, « La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis ». Le dernier alinéa prévoit une sanction radicale en cas de contrat passé avec un tiers en violation de la promesse en disposant que « Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul ».

La promesse unilatérale, dont on a pu comparer les effets à ceux d'une simple offre, voit sa portée sensiblement renforcée en termes d'efficacité mais, pour autant, certaines questions restent pendantes. Notamment, quid de la clause pénale? Le bénéficiaire

pourra-t-il compter sur le jeu de la clause pénale pour obtenir des dommages-intérêts qui viendraient s'ajouter à la formation forcée du contrat où celle-ci exclue-t-elle (tacitement) l'exécution d'une telle clause? De plus, sans la mesure où l'alinéa 2 de l'article annule la révocation au promettant « pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter », quid en cas de condition suspensive qui retarde le point de départ du délai d'option?

La promesse unilatérale de vente, en cas de levée de l'option, se transforme en **promesse synallagmatique** emportant le consentement des deux parties. Cependant, au-delà de l'article 1589 du Code civil, les promesses synallagmatiques ne valent pas nécessairement vente. Les contractants peuvent décider de retarder la formation du contrat définitif par exemple en amont d'une autorisation administrative. Aussi, en tant que contrat préparatoire autonome, la promesse synallagmatique de contrat s'affiche comme la grande oubliée de la réforme, aucun article ne lui étant spécifiquement réservé. Elle est toutefois indirectement visée au travers de l'article 1198, alinéa 2 nouveau. Rappelons que sous l'empire du droit ancien, le notaire au courant de l'existence d'une première promesse de vente valant vente n'était pas en droit de refuser d'instrumenter un acte avec un tiers second acquéreur de mauvaise foi dès lors que la promesse n'avait pas été publiée. Il est aujourd'hui acquis que « Lorsque deux acquéreurs successifs de droits portant sur un même immeuble tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a, le premier, publié son titre d'acquisition passé en la forme authentique au fichier immobilier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi ». 📌