



Lasaygues & Associés

La Lettre



HUBERT DE VULGRENT,
Notaire associé

ÉDITORIAL

L'Étude vient de fêter ses vingt ans. Créée en 1996 sur concours gagné par M^e Damay – système basé sur le mérite qui a malheureusement récemment disparu au profit du tirage au sort – l'Étude s'est installée dans le XI^e arrondissement et a débuté une activité de notariat traditionnel à destination des particuliers.

Didier, qui dirigeait depuis six ans le groupe immobilier du cabinet Freshfields Bruckhaus Deringer en qualité d'avocat, a eu l'idée d'intégrer au sein du cabinet une étude notariale afin d'offrir aux clients un guichet unique, susceptible de répondre à l'ensemble de leurs besoins.

C'est ainsi que Freshfields et Didier ont racheté l'étude Damay en 1997 pour former le second partenariat structuré avocats/notaires depuis l'entrée en vigueur de la loi de 1990 (après Fidal à La Madeleine-lez-Lille).

Ce partenariat entre l'Étude et le cabinet Freshfields, a duré plus de dix années et l'étroite collaboration avec un cabinet d'avocats a conféré à l'Étude sa singularité et cette culture particulière appréciées de nos clients.

Le cabinet Freshfields ayant recentré son activité sur le M&A, en 2007, il a été mis fin à ce partenariat et Didier et moi avons installé l'Étude au 142, boulevard Haussmann.

À l'instar du partenariat avec un cabinet d'avocats qui a été fortement critiqué par la profession alors qu'il a parfaitement fonctionné pendant 10 ans, la mise en place du « spin-off » nous ouvrait de nouvelles perspectives pour répondre aux attentes des clients.

« Il ne fait aucun doute que l'Étude devra se réinventer dans les prochaines années. »

Dans ce contexte, nous avons mis l'accent sur des services en complément de ceux proposés par le notariat notamment dans les domaines du financement de projet, du financement d'actifs ou du financement islamique ou encore des énergies renouvelables.

L'avenir a validé cette stratégie, sachant qu'à ce jour l'Étude compte une trentaine de personnes de plus qu'à la date du « spin-off ».

Je profite de cette tribune pour remercier chacun de nos clients pour la confiance qu'il nous accorde et pour sa contribution à la construction, l'évolution et la réussite de l'Étude depuis sa création. Nous essayons de toujours disposer d'une capacité d'adaptation afin de servir notre unique impératif : l'amélioration de la qualité et de l'efficacité des prestations rendues à nos clients.

La mutation du marché du droit s'accéléralant depuis peu, tant en raison de la volonté du législateur que par l'utilisation des nouveaux outils informatiques au premier chef duquel figure l'intelligence artificielle, il ne fait aucun doute que l'Étude devra se réinventer de nouveau dans les prochaines années.

Au regard de notre histoire, ce défi est pour nous une réelle stimulation et pour utiliser une formule dans l'air du temps, nous demeurons comme depuis 20 ans, résolument... en marche. ☺

LA VENTE DES LOTS DE VEFA EN SECTEUR LIBRE :

REGARDS PRATIQUES SUR LES CRITÈRES ACTUELS DU DROIT POSITIF

Les ventes du secteur libre apparaissent comme des formes édulcorées de ventes d'immeubles à construire et se rapprochent des ventes de droit commun. Le secteur libre permet, en effet, de revenir à la liberté contractuelle et au principe d'autonomie de la volonté, ce qui signifie, d'une part, que les parties sont libres de conclure un contrat autre qu'une vente à terme ou une vente en l'état futur d'achèvement, d'autre part, qu'elles peuvent exclure totalement ou choisir certaines règles du secteur protégé.

Lorsque les ventes des lots sont des ventes du secteur libre, les lots vendus ne sont, en principe, pas à usage d'habitation au sens du Code de la Construction et de l'Habitation (A) ; cet usage doit être distingué de la destination d'habitation envisagée par le Code de l'urbanisme (B).

A → La vente des lots en secteur libre

Il convient au préalable de démontrer que la vente des lots appartient au secteur libre et d'en conclure à l'exclusion de la réglementation afférente au secteur protégé tel qu'il est défini à l'article L.261-10 du CCH.

La définition du secteur protégé donnée par l'article L. 261-10 du Code de la Construction et de l'Habitation comporte trois éléments : l'objet du contrat – transfert de propriété –, l'usage de l'immeuble – habitation ou mixte – et l'obligation de verser des fonds avant l'achèvement. Ainsi « tout contrat ayant pour objet le transfert de propriété d'un immeuble ou d'une partie d'immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation et comportant l'obligation pour l'acheteur d'effectuer des versements ou des dépôts de fonds avant l'achèvement de la construction doit, à peine de nullité, revêtir la forme de l'un des contrats prévus aux articles **1601-2** et **1601-3** du Code civil, reproduits aux articles **L. 261-2** et L. 261-3 du présent code (...) ».

C'est alors, en premier lieu, l'usage du local qui détermine le champ d'application du secteur protégé ; peu importe, la qualité de l'acquéreur, le nombre de locaux acquis ou le mode d'exploitation lequel ne peut être confondu avec la structure matérielle de l'immeuble.

En droit positif, la preuve de l'affectation de l'immeuble soulève des difficultés mais sont établis certains critères objectifs utilisables quelle que soit la vente en cause. Parmi ces éléments objectifs, il y a d'abord et avant tout, la consistance de l'immeuble à vendre : l'immeuble est-il ou non destiné à l'habitation (ce qui implique une cuisine et une salle d'eau) ou est-il exclusivement affecté à une activité professionnelle ou commerciale.

Le principe étant, qu'un immeuble relève du secteur protégé, uniquement s'il s'agit d'un immeuble d'habitation, d'un logement. La jurisprudence exclut ainsi traditionnellement de ce secteur l'immeuble à usage hôtelier – CA Pau, 15 février 2010, n°08/02820; CA Pau, 25 juin 2013, n°12/02319 – JCP N 2014, n°1226 – ou touristique – CA Rouen, 29 Juin 2011, n° 10/04844, JCP N2013, n°1097 – donné à bail sauf si elle estime que la consistance des logements permet une habitation pérenne – Bordeaux, section A, 27 octobre 2014, JCP N , n°18, 17 avril 2015, 1125. En revanche, si l'opération emporte acquisition de locaux qui seront effectivement utilisés à usage d'habitation, seule une vente soumise aux règles du secteur protégé pourra être conclue ; peu importe que les locaux destinés à l'habitation soient situés dans un immeuble faisant l'objet d'une exploitation commerciale – par le biais d'un bail commercial, par exemple. D'ailleurs, la conclusion d'un bail commercial entre le propriétaire de la résidence seniors et l'exploitant de cette dernière ne peut à lui seul exclure l'application à la vente des règles du secteur protégé, dès lors que l'immeuble, au-delà de son mode de gestion, est à usage d'habitation ou mixte.

Dès lors et au regard des dernières décisions, la vente de lots d'une résidence pour seniors, desti-

née à être mise en exploitation dans le cadre d'un bail commercial, relève du secteur protégé, dès lors que les locaux sont loués meublés et accueillent la résidence principale de ses occupants – Cassation, 3^e Civile., 7 janvier 2016, n^o14-29655 et 14-29676. Dans ces décisions, les hauts Magistrats relèvent « que les actes de vente comportaient transfert de propriété de lots d'un immeuble, que les travaux de restructuration n'étaient pas terminés au jour de la vente et que les acquéreurs avaient réglé intégralement le prix d'achat dans les jours suivant celle-ci **et constaté que les lots vendus étaient des appartements meublés à usage d'habitation principale, avec chacun salle de douches, toilettes, cuisine, destinés à être habités à l'année par des personnes âgées**, la Cour d'appel a pu en déduire que l'usage d'habitation des locaux vendus était caractérisé et que l'article L.261-10 du Code de la construction et de l'habitation était applicable ».

À l'inverse, une interprétation a contrario de cette dernière décision conduit à penser qu'une résidence pour personnes âgées dans laquelle ces dernières font uniquement des séjours temporaires et non destinée à de l'habitation principale de ses occupants est exclue du secteur protégé. Tel était d'ailleurs le critère utilisé par les juges du fond pour les immeubles à usage touristique - voir supra. La nouvelle rédaction de l'article L.631-7 du CCH reflète une telle interprétation puisque dorénavant les courts séjours répétés relèvent d'un

usage autre que l'habitation. Ainsi « le fait de louer un local meublé destiné à l'habitation de manière répétée pour de courtes durées à une clientèle de passage qui n'y élit pas domicile constitue un changement d'usage au sens du présent article » – art. L.631-7 du Code de la Construction et de l'Habitation, dernier alinéa.

Cependant, dans le Code de la Construction et de l'Habitation, l'usage d'habitation est propre à chaque réglementation et cet usage, tel qu'il est conçu par la réglementation du secteur protégé, lui est aussi propre et doit être apprécié par l'éclairage qui en est donné dans la jurisprudence applicable à ce type de vente.

La notion d'habitation pour l'application de la législation relative au secteur protégé doit donc être interprétée sans considération de la définition des locaux d'habitation qui pourrait être donnée au titre d'autres réglementations spéciales - copropriété, bail, changement d'usage - lesquelles sont indépendantes.

B → L'usage des lots et leur destination

L'usage d'habitation tel qu'il vient d'être ainsi défini n'est pas la destination d'habitation utilisée par le Code de l'urbanisme. En témoigne la précision donnée dans une circulaire UHC/DH2 du 22 mars 2006, n^o2006-19 sur l'application des mesures relatives au changement d'usage (...)



« La notion d'habitation pour l'application de la législation relative au secteur protégé doit donc être interprétée sans considération de la définition des locaux d'habitation qui pourrait être donnée au titre d'autres réglementations spéciales »

(...) des locaux d'habitation, laquelle indique « que le terme “usage” a remplacé le terme “affectation”, ce dernier étant souvent source de confusion avec la notion de “destination” utilisée en matière de permis de construire » (art.I.1). En effet, le principe de l'indépendance des différentes législations applicables commandent de considérer ces deux notions comme non fongibles et autonomes l'une par rapport à l'autre. Ainsi, la Cour administrative d'appel de Versailles rappelle, dans une décision du 19 janvier 2006 – AJDA 2006. 1007 –, à propos de la création d'un foyer destiné à l'hébergement des enfants en difficulté que même si ce foyer comportait toutes les pièces nécessaires à l'habitation telle que définie par les dispositions de l'article R. 111-1 du Code de la Construction et de l'Habitation ; il n'emportait pas automatiquement un changement de destination au sens du Code de l'urbanisme. Dès lors, « les dispositions du Code de la Construction et de l'Habitation ne sauraient, **compte tenu de l'indépendance des législations applicables en matière de construction et d'urbanisme**, être prises en compte pour déterminer si le projet comporte un changement de destination des locaux existants au sens des dispositions précitées du plan d'occupation des sols ». Par conséquent, la création d'un centre d'hébergement temporaire pour enfants, ne saurait être regardée comme une construction à usage d'habitation, et constitutive, au sens du Code de l'urbanisme, d'un changement de destination du bâtiment existant.

Par conséquent et ce même si les surfaces telles qu'indiquées dans le permis de construire sont à destination d'habitation, cela n'induit et ne prouve en aucune façon qu'un tel usage est celui qu'il faudrait retenir pour l'application du Code de la Construction et de l'Habitation.

Les règles d'urbanisme relatives aux destinations des constructions sont celles issues des articles R.151-27 et R.151-28 du Code de l'urbanisme. Elles définissent la destination d'habitation comme du « logement ou hébergement ». Cette destination est indépendante de l'usage d'habitation tel que défini dans le Code de la Construction et de l'Habitation.

En conséquence, seules les dispositions applicables au secteur protégé et aux constructions de ces immeubles à usage d'habitation nous permettent de cerner cet usage tel qu'il est envisagé par ce Code. La Cour administrative d'appel de Paris a dans une décision du 13 novembre 2014 – n° 13PA01028 – a, en ce sens, estimée qu'un EPHAD ne constitue pas un foyer logement qui serait assimilable à une habitation au sens des dispositions de l'article R. 111-1 du Code de la Construction et de l'Habitation; que, « dès lors, l'EPHAD ne devait pas être pris en compte dans la détermination de la SHON du projet affectée à de l'habitation (...) »

Ainsi, les immeubles à usage d'habitation doivent respecter les normes de construction définies aux articles article R111-1-1 et suivants du Code de la Construction et de l'Habitation qui posent clairement différents critères permettant de préciser avec certitude l'usage d'habitation du bâtiment: « constituent des bâtiments d'habitation au sens du présent chapitre les bâtiments ou parties de bâtiment abritant un ou plusieurs logements (...) Un logement ou habitation comprend, **d'une part, des pièces principales destinées au séjour ou au sommeil, éventuellement des chambres isolées et, d'autre part, des pièces de service, telles que cuisines, salles d'eau, cabinets d'aisance, buanderies, débarras, séchoirs**, ainsi que, le cas échéant, des dégagements et des dépendances ».

Manifestement, la consistance de l'habitation doit permettre une habitation à titre principal ou secondaire ou le cas échéant une habitation pérenne. À l'inverse, toutes chambres ou locaux qui ne sont pas conçus pour de l'habitation au sens du Code de la Construction et de l'Habitation n'appartiennent donc pas au secteur protégé. 🍷

LES CONTRATS DE CONSTRUCTION ET DE VEFA : APERÇU PRATIQUE DE L'IMPRÉVISION ET DE L'INEXÉCUTION PAR LE PRISME DU NOUVEAU DROIT DES CONTRATS

La réforme du 10 février 2016 instaurant un nouveau droit des contrats nous incite à une réflexion et à une remise en cause de la rédaction de nos contrats afin de les adapter.



MARIE-ELISABETH MATHIEU

A l'aune de cette pratique nouvelle, deux questions afférentes aux contrats de construction et à la VEFA doivent inciter à la réflexion : le jeu de l'imprévision (A) et les modalités d'extinction (B) de ces contrats.

A → Le jeu de l'imprévision

Le Code civil a introduit en droit positif le jeu de l'imprévision par le biais de l'article 1195 du Code civil alors même que la jurisprudence civile depuis l'arrêt Canal de Craponne avait toujours refusé la possibilité pour le juge de modifier les prestations des parties dans les contrats de longue durée, même en cas de survenance d'événements imprévisibles venant bouleverser l'économie du contrat.

La réforme a donc rompu avec cette position traditionnelle et la question de cette imprévision économique peut

être cruciale dans nos contrats de VEFA et de construction.

L'article 1195 du Code civil déclare d'abord qu'en cas de changement imprévisible des conditions économiques après la conclusion du contrat, rendant l'exécution « excessivement onéreuse » pour une partie « qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque », ce contractant peut demander à l'autre une « renégociation » du contrat, tout en continuant à exécuter ses obligations. Puis il affirme que, en cas de refus ou d'échec, les parties peuvent mettre fin au contrat ou bien « ensemble » saisir le juge et ainsi lui demander de procéder à son adaptation.

Il est permis de s'interroger sur l'utilité de telles précisions... les parties peuvent toujours par un avenant modifier leur contrat ou demander l'arbitrage d'un tiers... même en matière immobilière!

C'est alors que le dernier alinéa du texte déclare in fine : « À défaut d'ac-

cord dans un délai raisonnable le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ». C'est là qu'apparaît véritablement la théorie de l'imprévision.

Les conséquences seront importantes pour nos actes de longue durée comme les baux emphytéotiques, à construction... La sécurité juridique en sera donc affectée ainsi que la sécurité des affaires du fait de l'intrusion du juge dans le contrat.

Dans le cas des contrats de construction ce nouveau dispositif suscite des inquiétudes. En effet, le promoteur-constructeur comme l'accédant à la propriété, pourraient être tentés de s'en prévaloir en cas de survenance de difficultés inattendues.

Le promoteur-constructeur, qu'il soit vendeur d'immeuble à construire, constructeur de maison individuelle ou promoteur au sens strict, (...)



(...) pourra-t-il invoquer des difficultés économiques ou conjoncturelles susceptibles de rendre la réalisation de l'opération immobilière « excessivement onéreuse » pour solliciter une renégociation de la convention? Sollicitant par exemple un allongement du délai de construction, une réduction de la consistance de l'immeuble, une diminution de la qualité des matériaux et des prestations, voire une majoration du prix? Ne pourrait-il pas tenter de se dégager d'un contrat désavantageux du fait l'évolution de la conjoncture économique ou financière?

À la lecture de l'article 1195, vague à souhait, rien ne s'y oppose a priori... sous réserve peut être du droit spécial des textes dans le domaine protégé. Dans la vente d'immeuble à construire, il s'agit du prix de vente de l'immeuble futur qui doit rester intangible... Dans le CCMI, c'est un prix forfaitaire lié à la nature de mar-

ché à forfait du contrat... Dès lors, il existe une incompatibilité entre le nouvel article 1195 consacrant la théorie de l'imprévision et l'esprit du secteur protégé faisant peser le risque d'imprévision sur le promoteur. Mais pour autant l'article 1195 ne déroge pas expressément à une règle spéciale du CCH et pourrait bien s'appliquer... Dans le cadre du contrat de réservation, l'on peut se demander si lorsque le réservant promoteur ne peut offrir au réservataire une vente correspondant aux termes du contrat, il n'y aurait pas lieu à une renégociation ou une révision, le cas échéant.

S'agissant des contrats conclus en dehors du secteur protégé, le nouvel article 1195 du Code civil est parfaitement susceptible de s'appliquer. Une seule solution: que les parties conviennent d'accepter les risques imprévisibles qui rendraient l'exécution du contrat plus onéreuse. Une telle dérogation me paraît possible

mais peu probable dans le secteur protégé: il y a fort à parier qu'un des deux acteurs, promoteur ou acquéreur voudra absolument la conserver à son bénéfice...

D'ailleurs, l'accédant victime par exemple d'un deuil, d'un divorce, d'un licenciement ou de tout autre accident de la vie, pourrait-il lui aussi se prévaloir de l'article 1195 et de l'imprévision? Et espérer à terme échapper à un contrat défavorable? Là encore rien ne l'interdit...

B → Les modalités d'extinction

S'agissant de l'extinction du contrat de construction, la réforme a tout d'abord ceci de bénéfique qu'elle regroupe au sein d'une même sous-section les différentes modalités d'extinction consécutives à une inexécution au sein d'un article introductif portant le numéro 1224. Les effets de l'extinction sont ensuite précisés.

« *La sécurité juridique en sera donc affectée ainsi que la sécurité des affaires du fait de l'intrusion du juge dans le contrat.* »

Pour ce qui relève des modalités d'extinction, il est ajouté à la classique résolution judiciaire la clause résolutoire, ainsi que la résolution par notification, laquelle est toutefois réservée aux seules inexécutions suffisamment graves.

À cette liste, doivent toutefois être ajoutées les causes d'extinction issues du droit immobilier dont le fameux article 1794 du Code civil qui octroie une faculté de résiliation unilatérale des marchés à forfait au profit de tout maître d'ouvrage.

Il constituera désormais une alternative à la nouvelle résolution par notification, qui impose une inexécution suffisamment grave. En effet, la résiliation du marché à forfait n'impliquant, quant à elle, aucun manquement préalable des entrepreneurs.

C'est l'article 1225 du Code civil instaurant une clause résolutoire de droit commun qui pourrait infléchir nos rédactions. Ce nouvel article 1225 impose en effet désormais que la clause précise expressément les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution. Des précisions devront ainsi être apportées aux clauses actuelles.

Ensuite et en principe la résolution impliquera une mise en demeure restée infructueuse. Mais c'est là une simple faculté, la clause pouvant dis-

penser les parties d'une mise en demeure préalable. La lettre de la loi laisse place à la stipulation d'une sorte de clause couperet, qui organiserait contractuellement une faculté de résolution du seul fait de l'inexécution et sans mise en demeure.

Un tel système est attirant mais la multiplication des causes de suspension légitimes risque de rendre sa mise en œuvre trop risquée. De surcroît, cette résolution ne s'appliquera qu'en l'absence de droit spécial. Ce sera ainsi le cas pour les VEFA du secteur protégé, s'agissant des clauses stipulées en cas de retard de paiement par les acquéreurs.

Des questions pourront ensuite se poser, s'agissant cette fois de la résolution judiciaire, quant aux clauses portant renonciation de recourir au juge. L'on sait que par un arrêt du 3 novembre 2001, relatif à une vente d'immeuble dont le prix était payé hors la comptabilité du notaire, la Cour de cassation avait reconnu la validité d'une telle stipulation, motif étant pris de ce que l'article 1184 du Code civil n'était pas d'ordre public et qu'un contractant pouvait renoncer par avance au droit de demander la résolution judiciaire du contrat. Dans la mesure où le nouvel article 1227 est tout entier consacré à poser que « la résolution peut, en toute hypothèse,

être demandée en justice », le sort de ces clauses pourrait être autre et la Haute juridiction pourrait venir préciser que l'on ne peut y renoncer dans une finalité protectionnisme.

Le nouveau droit des contrats précise par ailleurs les conséquences de la résolution, des dommages et intérêts et de la clause pénale. Pour autant, aucune spécificité particulière eu égard aux contrats de construction et de VEFA ne semble ici évidente. L'on en conviendra par ailleurs, l'ampleur des évolutions et des interrogations soulevées par ce nouveau texte est déjà bien assez vaste comme cela! 🍷

DROIT DE L'URBANISME

PRÉCISIONS PAR LE CONSEIL D'ÉTAT DES CONDITIONS DE CONTESTATION DU DROIT DE PRÉEMPTION URBAINE

Par cet arrêt, le Conseil d'État énonce qu'un acte instituant un droit de préemption urbain, qui obéit à des conditions procédurales particulièrement strictes, ne revêt pas un caractère réglementaire et qu'il ne forme pas une opération complexe avec les décisions individuelles de préemption. Par voie de conséquence, la légalité de l'acte instaurant le droit de préemption ne peut plus être remise en cause passé le délai de recours contre cette décision. L'administré mécontent peut contester la façon dont le droit de préemption a été mis en œuvre à son égard, mais il ne peut plus, au cours de l'instance, critiquer l'existence même de ce droit.

CE 10 mai 2017, req. n° 398736, extrait : (...) 4. L'illégalité de l'acte instituant un droit de préemption urbain

peut être utilement invoquée par voie d'exception à l'appui de conclusions dirigées contre une décision de préemption. Toutefois, cet acte, qui se borne à rendre applicables dans la zone qu'il délimite les dispositions législatives et réglementaires régissant l'exercice de ce droit, sans comporter lui-même aucune disposition normative nouvelle, ne revêt pas un caractère réglementaire et ne forme pas avec les décisions individuelles de préemption prises dans la zone une opération administrative unique comportant un lien tel qu'un requérant serait encore recevable à invoquer par la voie de l'exception les illégalités qui l'affecteraient, alors qu'il aurait acquis un caractère définitif (...)
DECIDE : Article 1^{er} : Le pourvoi de la société ABH Investissements est rejeté (...)

DROIT IMMOBILIER

VEFA : EFFETS DE LA NULLITÉ DU CONTRAT PRÉLIMINAIRE

Le contrat préliminaire de réservation tout d'abord, s'il s'inscrit dans la même opération immobilière que le contrat de vente, reste « autonome ». Ensuite, il n'emporte pas, pour le réservant, obligation de vendre mais obligation de réservation en vue de proposer à la vente. Enfin, il est facultatif. Par conséquent, sa nullité est sans incidence sur la validité de l'acte de vente. Par cette solution, la Cour de cassation sécurise le contrat de vente en l'état futur d'achèvement. Elle favorise également la pratique notariale en ce sens que les notaires sont fréquemment tenus d'établir des actes authentiques de

vente sur présentation de contrats préliminaires qui ne sont pas toujours conformes aux prescriptions légales. Ils se trouvent ainsi, eux aussi, protégés des rédacteurs de contrats préliminaires de réservation peu rigoureux.

Civ. 3^e, 27 avr. 2017, FS-P+B, n° 16-15.519, extrait : (...) Mais attendu qu'ayant rappelé que le contrat préliminaire de réservation, dont elle a prononcé la nullité, était facultatif, la cour d'appel en a exactement déduit que cette nullité était sans incidence sur la validité de l'acte de vente (...) **PAR CES MOTIFS :**
REJETTE les pourvois (...)

PROCHAINE CONFÉRENCE • EN SEPTEMBRE

« L'actualité du droit de l'immobilier et des autorisations d'urbanisme »

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 •

fannyallemand.com, Graphisme • Ogcommunication, Impression

LA REPRÉSENTATION DANS L'ORDONNANCE DU 10 FÉVRIER 2017

La réforme des contrats opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 a inséré dans le Code civil un corps de règles distinct de celles du mandat et applicable à toutes les formes de représentation, à défaut de texte contraire.

La représentation, fréquemment utilisée en pratique, permet à une personne, dénommée le représentant, de conclure un contrat au nom et pour le compte d'une autre, dénommée le représenté. Ce mécanisme, alors qu'il représente pour les personnes physiques une possibilité de contracter via un intermédiaire par elles choisi, par exemple un notaire, est essentiel pour les personnes morales qui, par définition, ne peuvent s'exprimer qu'au travers de leurs organes personnes physiques. Or en cette matière, la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 a fait œuvre de nouveauté en insérant dans le Code civil, au travers des articles 1153 à 1161, un ensemble de règles générales composant le droit commun de la représentation qui, jusque-là, n'était envisagé qu'au travers de quelques textes épars, relatifs au mandat ou encore au régime de protection des incapables.

Sans surprise, l'ordonnance reprend dès l'article 1153 les trois sources déjà reconnues en droit positif, à savoir la loi, le juge et la convention, celle-ci étant fréquemment utilisée dans le domaine notarial à des occasions diverses. Il en est ainsi du mandat confié au notaire, du mandataire désigné dans le cadre d'une indivision, du mandat entre époux, du mandat de protection future...

Les deux formes classiques de la repré-



sentation sont maintenues. La représentation est parfaite lorsque le représentant agit au nom et pour le compte du représenté, imparfaite lorsqu'il déclare agir pour le compte d'autrui mais qu'il contracte en son propre nom. Aujourd'hui comme hier, seul le représenté se trouve engagé dans la représentation parfaite, tandis que le représentant l'est personnellement vis-à-vis des tiers contractants dans la représentation imparfaite. L'article 1154, qui n'emploie que le terme de représentant, distingue donc implicitement le mandataire du commissionnaire conventionnels, le premier engageant le représenté, le second ne l'engageant pas.

Concernant la capacité du représentant, le texte n'apportant aucune précision, il apparaît que la solution antérieure selon laquelle un mandat peut être donné à un mineur non émancipé ou un majeur protégé demeure.

L'article 1155 traite du caractère général ou spécial des pouvoirs accordés au représentant tant légal que judiciaire ou conventionnel. Le pouvoir défini en termes généraux ne couvre que les actes conservatoires et d'administration, le pouvoir spécialement déterminé, pour la première fois envisagé dans le Code, ne permet au représentant d'accomplir « que les actes (...)

« Il est devenu possible de faire jouer la ratification non plus uniquement dans l'hypothèse d'un mandat conventionnel, mais également d'un mandat légal ou judiciaire. »

(...) pour lesquels il est habilité», y compris les actes accessoires. Ce faisant, il n'apporte guère d'éclaircissement à la question des formules délicates à interpréter qui génèrent un important contentieux.

La réforme, au travers des articles 1156 et 1157, s'attache à éclaircir le sort des actes passés par un représentant qui ne disposerait pas d'un pouvoir régulier pour cause de défaut de pouvoir, de dépassement ou d'usage détourné de pouvoir. Il en ressort que l'acte passé sans pouvoir ou en dépassement des pouvoirs conférés est dans le principe valable, seulement inopposable au représenté qui peut faire valoir cette inopposabilité sans condition particulière ni limitation dans le temps. Ce principe connaît néanmoins deux exceptions, inscrites aux deux derniers alinéas du texte. Tout d'abord, le tiers contractant qui a « légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant » bénéficie de la théorie de l'apparence « notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté ».

L'emploi de l'adverbe « notamment » laisse comprendre que la théorie de l'apparence peut jouer au-delà des cas dans lesquels celle-ci résulte des agissements du représentant car elle est fondée sur la volonté de protéger le représenté, non sanctionner le représentant. Ensuite, la ratification de l'acte par le tiers emporte la validité de l'acte, que ni le prétendu représenté ni le tiers ne peuvent plus mettre en cause. Il est devenu possible de faire jouer la ratification non plus uniquement dans l'hypothèse d'un mandat conventionnel, mais également d'un mandat légal ou judiciaire. La réforme permet au tiers de demander la nullité de l'acte passé par un pseudo représentant sous réserve d'une part de

sa bonne foi, c'est-à-dire de son ignorance quant au défaut de pouvoir du représentant, d'autre part que l'acte n'ait pas été ratifié par le représenté. Le détournement de pouvoir, en ce qu'il est traité à part du défaut ou du dépassement, n'est pas considéré comme une variante ou un cas particulier de dépassement de pouvoir. Il peut être sanctionné sans que soit établie une fraude, puisqu'il suffira au représenté d'établir que le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer. On comprend par le biais d'une analyse a contrario que le détournement n'est plus fondé sur la fraude du représentant, plutôt sur la mauvaise foi du tiers contractant.

Le tiers contractant se voit ouverte par l'article 1158 la faculté d'interroger le représenté quant à la réalité des pouvoirs de son interlocuteur. La demande doit être faite par écrit et assortie d'un délai raisonnable au terme duquel, à défaut de réponse, le représentant est réputé habilité à conclure ledit acte. Ainsi, le représenté qui ne répondrait pas dans les délais prétendu, tout en disposant du droit d'engager sa responsabilité. Ce dispositif de l'action interrogatoire, s'il est une nouveauté dans le texte, entérine en précisant son régime une pratique déjà bien établie.

L'article 1159, distinguant selon les sources du mandat, apporte certaines précisions quant à l'effet de la représentation sur les pouvoirs du représenté. Lorsque la désignation d'un mandataire est le fait de la loi ou du juge, elle a lieu aux fins de protection de la personne représentée et il s'ensuit, de façon logique, un desaisissement pendant la durée de la représentation des pouvoirs du repré-

senté transférés au représentant. En revanche et tout aussi logiquement, la représentation conventionnelle « laisse au représenté l'exercice de ses droits ». Pour autant, cette disposition n'est pas impérative et la solution contraire peut résulter de la loi ou de la convention des parties. L'article 1160, disposition inédite, a trait à la survenance de l'incapacité du représentant. Il dispose que « les pouvoirs du représentant cessent s'il est atteint d'une incapacité ou frappé d'une interdiction ». En ces circonstances, les actes du représentant passés postérieurement sont des actes accomplis sans pouvoir dès lors que l'incapacité ou l'interdiction sont établies.

La nouveauté la plus marquante du régime de la représentation tel qu'organisé par les rédacteurs de l'ordonnance réside dans le dernier des articles consacrés à la représentation. De fait, l'article 1161, relatif au conflit d'intérêt et, plus précisément, à la nullité de l'acte conclu par le représentant en cas de conflit d'intérêt, renverse une jurisprudence établie qui admettait qu'un mandataire unique pouvait représenter les deux parties à une même opération dès lors qu'il ne faisait pas prévaloir les intérêts de l'une au préjudice de l'autre. Ce principe, destiné à éviter les conflits d'intérêts en interdisant au mandataire d'agir à la fois pour son propre compte et pour le compte de son mandant, connaît toutefois certains tempéraments, dans la mesure où la nullité n'est pas encourue lorsque la loi a expressément autorisé l'acte ou bien lorsque l'acte a été autorisé ou ratifié par le représenté.

Le droit commun de la représentation, à l'évidence, a été pensé à partir du mandat que la réforme a laissé intact. Aussi la jurisprudence sera-t-elle probablement amenée à se prononcer afin d'harmoniser les deux régimes. Cependant, l'extension de la représentation à d'autres types de conventions risque de poser des questions que seule la pratique révélera. 🌟