



Lasaygues & Associés

La Lettre



FRANÇOIS GAUTHIER,
Notaire Associé

ÉDITORIAL

A l'heure où le projet de loi « Habitat, mobilité, logement » n'a pas encore été totalement dévoilé, il est temps d'espérer un texte novateur qui répondra aux promesses d'audaces et d'innovation exposées depuis plusieurs semaines. On peut former le vœu que son contenu ne se limitera pas à un nettoyage attendu de normes ineptes, à la réouverture de la saga des rapports locatifs ou à la mise en place d'une fiscalité à petite échelle dont les effets de balancier et d'opportunité ne seront pas véritablement nouveaux.

Et si cette loi « Habitat, mobilité, logement » prenait compte des ambitions gouvernementales proclamées en matière de révolution numérique en mettant en œuvre le plan d'action sans précédent qu'il entend mener en matière d'économie numérique en utilisant le digital dans tous les pans de l'action publique ? En France, l'immobilier est le secteur le plus important en termes de valeur ajoutée à l'économie : en 2016, les activités immobilières représentent 13 % de la valeur ajoutée et 5 % pour la construction. Les GAFA (Google, Apple, Facebook, Amazon) ont bien compris l'importance cruciale de ce domaine et se sont tous jetés avec beaucoup d'appétit et d'ambition dans ce secteur sur l'ensemble des pays constituant leurs terrains de jeux.

La digitalisation a entraîné l'apparition de nouveaux services et outils sur le marché de l'immobilier : par exemple, les contrats digitalisés, les *smart contracts*, bien évidemment l'acte authentique électronique, et parmi les tendances à venir le *crowdfunding*, les visites virtuelles et états des lieux digitaux. Ce ne sont que des exemples des balbutiements de l'immobilier 2.0. Dans ce contexte, le législateur devrait avoir en tête deux exemples récents du bouleversement de l'immobilier par l'économie numérique : la *blockchain* et la naissance des nouveaux espaces collaboratifs comme le *coworking*.

« La digitalisation a entraîné l'apparition de nouveaux services et outils sur le marché de l'immobilier »

La *blockchain* est une technologie de stockage et de transmission d'informations, transparente et sécurisée. Par extension, la *blockchain* constitue une base de données qui contient l'historique de tous les échanges effectués entre ses utilisateurs depuis sa création.

Le processus de transaction immobilière serait plus rapide notamment grâce à une simplification vertigineuse des intervenants laissant ainsi le notaire en pivot entre les vendeurs et acquéreurs, garant de la transparence et de la symétrie des informations clés (deux éléments consubstantiels à la *blockchain*). D'après une étude de Goldman Sachs intitulée *Blockchain profiles in innovation*, enregistrer les biens immobiliers de cette manière permettrait à l'industrie américaine d'économiser 2 à 4 milliards de coûts annuels.

Le *coworking* répond à un besoin récent né de l'évolution de l'ère numérique et à l'arrivée de la génération Y sur le marché du travail. Il s'adresse ainsi à une population qui ne conçoit pas la vie et l'environnement professionnels de la même manière que ses aînés. Pour elle, et grâce au numérique, elle entend déployer ses besoins de liberté et de flexibilité.

Face à cette évolution, les groupes immobiliers ont fait évoluer leur stratégie, réfléchissent à de nouveaux concepts de travail collaboratifs. Cela peut s'intégrer dans un projet d'urbanisme visant à redynamiser une zone. Inévitablement, cette évolution a des incidents sur la consommation de l'immobilier et sur la norme devant le régir. Dans ce contexte, il serait cohérent qu'une loi ambitieuse sur la mobilité et l'immobilier intègre ce nouveau paysage immobilier.

Dans la course vers l'heure du 100% numérique, espérons que la loi « Habitat, mobilité, logement » ne soit pas un faux-départ. ☺

LE BAIL RÉEL SOLIDAIRE

UNE NOUVELLE PRATIQUE
POUR LES AMÉNAGEURS
DE LOGEMENTS SOCIAUX ?

En application de l'article L. 329-1, alinéa 1, du code de l'urbanisme – tel qu'issu de la loi no 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, art. 164 – des organismes de foncier solidaire ont été créés. Ce sont des organismes « sans but lucratif agréés par le représentant de l'État dans la région, qui, pour tout ou partie de leur activité, ont pour objet d'acquérir et de gérer des terrains, bâtis ou non, en vue de réaliser des logements et des équipements collectifs conformément aux objectifs de l'article L. 301-1 du code de la construction et de l'habitation ». L'alinéa 2 de l'article L. 329-1 du code de l'urbanisme précise par ailleurs le régime auquel ils sont soumis : « l'organisme de foncier solidaire reste propriétaire des terrains et consent au preneur, dans le cadre d'un bail de longue durée, s'il y a lieu avec obligation de construire ou de réhabiliter des constructions existantes, des droits réels en vue de la location ou de l'accession à la propriété des logements, à usage d'habitation principale ou à usage mixte professionnel et d'habitation principale, sous des conditions de plafond de ressources, de loyers et, le cas échéant, de prix de cession ».

L'ordonnance no 2016-985 du 20 juillet 2016 a institué ce bail réel solidaire. Codifié aux articles L. 255-1 à L. 255-19 du code de la construction et de l'habitation, ce bail est entré en vigueur le lendemain de sa publication au Journal officiel, soit le 22 juillet 2016.

Il s'agit d'un nouveau bail réel permettant de dissocier la propriété du foncier. La propriété est celle de l'organisme de foncier solidaire, et le bâti sera cédé ou loué directement ou indirectement – voir infra – à des occupants personnes physiques. L'objectif est de permettre à des ménages modestes d'accéder à une résidence principale sans payer la valeur du terrain.

Ce nouveau contrat est donc un bail par lequel un organisme foncier consent à un preneur, pour une longue durée (de 18 à 99 ans) des droits réels en vue de la location ou de l'accession à la propriété de logements, avec s'il y a lieu, obligation pour ce dernier de construire ou réhabiliter des constructions existantes – article L. 255-1, al. 1 du CCH. Ces logements sont destinés, pendant toute la durée du contrat, à être occupés à titre de résidence principale – article L. 255-1, al. 2 du CCH. A l'instar du bail réel immobilier – article L. 254-1 du CCH –, le bail réel solidaire est marqué par la dissociation des propriétés du sol et du bâti, en vue de favoriser l'accès à la propriété des personnes ou couples dits économiquement modestes. Sa longue durée impose son établissement en la forme notariée.

La spécificité du bail réel solidaire réside dans son caractère rechargeable en cas de vente ou de donation – article L. 255-11 du CCH. Ainsi, l'organisme foncier doit agréer le cessionnaire et cet agrément aura pour effet de proroger de plein droit la durée du bail : le nouveau preneur bénéficiera alors d'un droit réel d'une durée égale à celle prévue dans le contrat initial – article L. 255-12 du CCH. Si l'organisme foncier refuse cet agrément, le cédant doit, soit conserver le bail, soit rechercher un autre cessionnaire.

Cependant, l'organisme de foncier solidaire dispose d'un droit de préemption légal à l'occasion de toute cession ou donation – article L. 255-15 du CCH. Il peut donc racheter les droits réels afférents au bien objet du bail réel solidaire ou les faire acquérir par un bénéficiaire répondant aux conditions d'éligibilité définies à l'article L. 255-2 du CCH. L'organisme de foncier solidaire fait connaître sa décision d'exercer son droit de préemption dans un délai de deux mois à compter de la transmission de l'offre préalable de cession ou

de donation. Ce délai est prorogé d'un mois en cas de refus de l'agrément.

Toutefois, ce bail est proche d'un autre bail réel immobilier mais non solidaire entré en vigueur le lendemain de la parution du décret n° 2016-855 du 27 juin 2016. Leurs points communs sont nombreux : la durée du bail, le paiement d'une redevance par le preneur – article L. 255-8 du CCH –, l'occupation à titre de résidence principale – article L. 255-1, al. 2 du CCH –, la possibilité de prévoir l'exercice d'activités accessoires – article L. 255-7 du CCH –, les obligations et les droits du preneur – article L. 255-7 et L. 255-8 du CCH –, les plafonds de loyers, de prix de cession et de ressources des occupants – article L. 255-2 du CCH –, la protection du cessionnaire – article L. 255-10 à L. 255-13 du CCH –, et du locataire à l'expiration du bail – article L. 255-16 du CCH –, la résiliation unilatérale – article L. 255-6 du CCH –, et l'interdiction de la tacite reconduction – article L. 255-6 du CCH.

De même, les droits réels issus de ce bail et les constructions édifiées, rénovées ou réhabilitées pourront faire l'objet d'une saisie du chef du pre-

neur – article L. 255-9 du CCH. En effet, en cours de bail, les constructions et améliorations réalisées par le preneur demeurent sa propriété. À l'expiration du bail, elles redeviennent la propriété du bailleur après indemnisation de la valeur des droits réels immobiliers – article L. 255-7, al. 3 du CCH.

Mais, ce nouvel instrument a son cadre juridique propre qui le distingue des autres baux réels. Par exemple, outre ceux qui ont déjà été mentionnés, seul un organisme de foncier solidaire peut conclure un bail réel solidaire, là où un bail réel immobilier peut être conclu par toute personne physique ou personne morale de droit privé ou par des personnes publiques – article L. 254-1 du CCH. Le bail réel solidaire peut aussi concerner une construction existante ne nécessitant pas de travaux. En cas de décès du preneur, la prorogation du bail est de plein droit si le nouveau titulaire des droits réels répond aux conditions de plafonds de ressources définies à l'article L. 255-12 du CCH, sauf s'il s'agit du conjoint survivant ou du partenaire de pacte civil de solidarité. À défaut, il peut néanmoins hériter de ces droits et dispose, en principe, de douze mois pour céder les droits (...)



« Il est sans doute temps de mettre en place un droit commun des baux réels suffisamment général et adaptable aux différents objectifs poursuivis dans nos opérations d'aménagement et de constructions. »

(...) réels à un acquéreur éligible. Passé ce délai, le bail est résilié et l'ayant droit indemnisé de la valeur des droits réels immobiliers dans les conditions prévues par le bail.

En pratique, il est permis d'envisager trois montages d'aménagement possibles, montages envisagés par les articles L. 255-2 et suivants du code de la construction et de l'habitation :

(i) Le bail réel solidaire peut être consenti par l'organisme de foncier solidaire – en qualité de bailleur – à un preneur qui acquiert alors des droits réels immobiliers sur un logement pendant la durée de son bail, durée comprise entre 18 et 99 ans. Le bailleur peut interdire au preneur de sous-louer les logements. Le preneur conserve cependant la possibilité de céder son droit réel.

(ii) Le bail réel solidaire peut être conclu par l'organisme de foncier solidaire avec un opérateur, par exemple un bailleur social, qui s'engage à céder les droits réels afférents aux logements, qu'il fait construire ou réhabiliter à des accédants – article L. 255-3 du CCH.

Ces accédants deviennent preneurs et se constituera alors, entre eux, une copropriété. Mais alors chacun des cessionnaires et donc des nouveaux preneurs doit signer un nouveau bail réel solidaire avec l'organisme de foncier solidaire. Ce mécanisme original trouve une explication : les droits réels immobiliers cédés sont, au fur et à mesure des cessions, retirés du bail réel solidaire initial entre l'organisme de foncier solidaire et l'opérateur, jusqu'à l'extinction du bail réel solidaire initial par extinction de son objet – article L. 255-3, al. 3 du CCH. Ainsi, contrairement au bail réel

immobilier, qui s'éteint nécessairement à la date initialement prévue, le bail réel solidaire initial a vocation à disparaître au profit d'une multitude de baux réels solidaires conclus entre l'organisme de foncier solidaire et chaque preneur-acquéreur.

(iii) Le bail réel solidaire peut être conclu par l'organisme de foncier solidaire et un opérateur qui s'engage à construire ou à réhabiliter les logements et à les donner en location sous condition de plafond de loyers et de ressources.

Ce nouvel outil permet de neutraliser la charge foncière par la dissociation du foncier et du bâti et de sécuriser la valeur des droits réels afférents au logement. C'est cet objectif qui a largement conduit à sa création au motif qu'il n'existe pas, en l'état actuel, de bail de longue durée adapté aux opérations d'accession sociale à la propriété. Ni le bail à construction, ni le bail emphytéotique, ni le bail réel immobilier récemment créé par ordonnance ne sont totalement adaptés à ce type d'opération.

Il est sans doute temps de mettre en place un droit commun des baux réels suffisamment général et adaptable aux différents objectifs poursuivis dans nos opérations d'aménagement et de constructions. Ces finalités sont plurielles : logements sociaux, constructions de bureaux, de commerces, de services publics... Créer un contrat légal par type d'opérations ajoute à la confusion et est dépourvu d'efficacité. En revanche, créer des règles qui laisse à la liberté contractuelle une place suffisante est d'importance. Le temps est venu d'arrêter net cette inflation législative galopante pour revenir au travail originel : celui d'une rédaction intelligente et pertinente des contrats permettant les opérations de construction et d'aménagement. 🍀

LE MANDAT DE PROTECTION FUTURE 10 ANS DÉJÀ OU L'ÉPREUVE DE LA PRATIQUE

Le mandat de protection future, créé par la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection des majeurs, fête cette année ses 10 ans d'existence.



VALÉRIE DEPADT & HUBERT DE VAULGRENANT

Le mandataire peut être unique, de la même façon que plusieurs mandataires peuvent être désignés, avec faculté d'agir séparément ou obligation d'agir ensemble. Cependant, si la loi permet une désignation multiple, la pratique s'en accorde difficilement en raison du risque de mésentente ou de concurrence involontaire entre des mandataires disposant de pouvoirs identiques. Il paraît en revanche prudent de prévoir un second mandataire en cas de décès ou d'empêchement du premier. Aussi ce contrat, lorsqu'il est passé pour soi-même, permet à une personne d'en désigner une ou plusieurs autres afin d'être représentée dans le cas où, en raison d'une altération de ses facultés mentales, elle ne serait plus en mesure de pourvoir seule à ses intérêts d'ordre personnel ou professionnel. Il peut également être passé pour autrui, venant répondre aux inquiétudes des parents d'un enfant mineur ou majeur handicapé en leur offrant la possibilité d'organiser l'avenir de ce dernier au cas où ils viendraient à ne plus être en capacité d'y pourvoir par eux-mêmes. En ce dernier cas, il ne peut être conclu que par acte authentique.

Par l'instauration de cette institution, la France a pris place dans un large mouve-

ment international, rejoignant nombre de pays qui, sous des formes différentes, connaissent déjà cette institution. Parmi eux, à seul titre d'exemples, on trouve la Grande-Bretagne où ce mandat, réglementé en 1985, a fait l'objet de plusieurs évolutions, le Québec qui en 1990 a créé le mandat pour inaptitude, l'Espagne qui depuis 2003 connaît l'organisation de la tutelle par et pour soi-même et encore l'Italie où, depuis 2004, existe l'institution de l'administration de soutien.

Le législateur de 2007 a inséré le mandat de protection future au sein du domaine des mesures de protection des personnes, dans l'idée que les régimes classiques – le triptyque sauvegarde de justice, tutelle et curatelle – pourraient devenir en quelque sorte subsidiaires si cette forme de protection se développait. Toutefois, le mandat de protection future ne rencontre pas le succès espéré puisque le ministère de la Justice comptait, entre 2009 et 2012, un peu plus d'un millier de mandats. Aujourd'hui encore, les espoirs placés dans cette mesure anticipative s'avèrent sensiblement déçus car, loin de concurrencer les mécanismes judiciaires, elle apparaît d'une part peu connue, d'autre part peu uti-

lisée. Si le manque de connaissance entraîne le faible nombre d'actes passés, celui-ci s'explique également par les réticences des professionnels à conseiller ce type d'acte. Notamment les notaires, qui avaient appelé de leurs vœux l'établissement de cette institution, se sont rapidement trouvés confrontés aux difficultés de son application. Or, le rôle du notaire apparaît ici capital. Si le mandat pour soi-même peut être conclu sous signature privée, seule la forme notariée présente les garanties nécessaires à la rédaction d'un acte d'une telle gravité. Preuve en est l'étendue des pouvoirs qui peuvent être conférés au mandant dans le cadre d'un mandat solennel, les actes de disposition étant exclus du mandat sous signature privée. Quarante-vingt-cinq pour cent des mandats passés depuis 2009, au nombre d'environ trois mille, l'ont été devant notaires. Mentionnons pour comparaison que sept-cent mille personnes ont été placées sous un régime de tutelle ces dix dernières années.

Reconnu comme souhaitable dans son principe, le mandat de protection future souffre des complexités de son régime, auxquelles certaines dispositions récentes tentent de remédier. (...)



1 UNE INSTITUTION RECONNUE DANS SON PRINCIPE

Le mandat de protection future, en marquant l'entrée du contrat dans la sphère des incapacités, a constitué l'une des innovations majeures de la loi du 5 mars 2007. Nonobstant, il relève d'une logique plus générale, le législateur ayant au travers de cette institution poursuivi la démarche de déjudiciarisation du droit des personnes et de la famille amorcée quelques années auparavant par le mandat à effet posthume et dans laquelle continuent de s'inscrire certaines réformes récentes comme, depuis quelques mois, le divorce « sans juge ». De fait, ce mouvement général de contractualisation du droit des personnes concrétise la politique actuelle de respect de la volonté des personnes, y compris lorsqu'elles ne sont plus en mesure de gouverner les divers aspects de leur vie.

Il faut comprendre que depuis le début de notre siècle, dans le domaine de la santé comme dans celui du droit, le respect de l'autonomie est une priorité qui doit être comprise comme l'une des applications du principe car-

dinal de la dignité humaine. Partant, le droit médical et le droit civil en général conjuguent leurs efforts afin de placer la personne malade ou vulnérable au centre des dispositifs d'ordre médical et juridique. Mais comment tenir compte de la volonté d'une personne qui n'est plus en mesure de la faire connaître? Comment respecter une autonomie diminuée, voire anéantie? À ce questionnement apparemment paradoxal, les mesures anticipatives apportent une réponse sous la forme de divers mécanismes. Alors que le droit médical a créé en 2002 la personne de confiance, puis en 2005 les directives anticipées, le droit de la protection des majeurs a élaboré le mandat de protection future. Il faut préciser que l'anticipation figure dans notre système légal sous forme de proposition, jamais d'obligation.

Aussi, au-delà de la nécessité de désengorgement des tribunaux, la première raison d'être du mandat de protection future réside certainement dans la volonté de permettre à chacun d'organiser un avenir qui le priverait de sa capacité décisionnelle. Également, ce mandat d'un genre particulier témoigne de la confiance placée dans le contrat qui

investit un domaine jusque-là exclusivement réservé à l'État. Et parce qu'il est du devoir de l'État d'assurer la protection des plus fragiles au même titre que celle des plus démunis, la contractualisation, en cette matière, n'exclut pas l'intervention du juge lorsqu'elle s'avère nécessaire, une fois l'incapacité survenue et le mandat mis en œuvre.

Le mandat de protection future est une avancée indéniable dans la recherche du respect de la volonté des personnes que la maladie a privé d'une partie de leurs facultés intellectuelles, y compris les personnes protégées. Néanmoins, son régime présente certaines faiblesses largement dénoncées tant par la doctrine que par les praticiens.

2 UNE INSTITUTION CRITIQUÉE DANS SON RÉGIME

Le mandat de protection future doit, en tant que contrat, répondre aux conditions générales posées à l'article 1128 du Code civil, parmi lesquelles la capacité de contracter. Du point de vue de la capacité, étroitement liée au consentement lui-même, quelques risques se profilent.

Les personnes placées sous sauvegarde de justice sont autorisées à passer un mandat de protection future, de même que celles sous curatelle avec l'assistance de leur curateur. Cela alors qu'un acte passé par une personne protégée, par définition atteinte d'une altération de ses facultés, est nécessairement sujet à caution. Preuve en est que le placement sous curatelle est une des causes susceptibles de mettre fin au mandat ! Partant, nombre de mandats se trouvent dénoncés en raison de l'incapacité du mandant, car la capacité juridique ne correspond pas nécessairement à la santé d'esprit. Lorsque le mandat fait l'objet d'un acte authentique, les risques sont sensiblement réduits du fait de l'intervention du notaire dont il entre dans les attributions de vérifier, tant que faire se peut, la capacité concrète du mandant à s'engager valablement. Cependant, au-delà du principe de l'efficacité des actes, le notaire ne peut être tenu d'évaluer l'aptitude intellectuelle de son client. Face au refus de certains médecins agréés d'autoriser le déclenchement du mandat en raison de leur suspicion quant à la capacité du mandant au moment de la conclusion de l'acte, les notaires se sont vus obligés d'insérer dans leur pratique l'habitude d'annexer au mandat un certificat médical rédigé par un médecin agréé attestant de l'aptitude du mandant. Pour un mandat sous signature privée, la présomption de capacité selon laquelle l'auteur d'un acte est présumé être sain d'esprit peut jouer au détriment de ce dernier, dans la mesure où l'acte vaudra jusqu'à preuve contraire.

Un autre point du régime soulève en pratique une réelle inquiétude, à savoir le maintien de la capacité juridique du mandant une fois le mandat mis en œuvre. Effectivement, le mandat de protection future, conçu comme un régime de représentation, n'est pas une mesure incapacitante. D'où l'importance de la rédaction dont le contenu détermine le périmètre d'action du mandataire, les domaines non visés par le mandat

restant en principe du ressort du mandant. Mais il peut arriver que la répartition ne soit pas respectée, un conflit de pouvoirs risquant alors de s'ouvrir entre mandant et mandataire. La loi ne prévoit pas cette hypothèse, dans laquelle aucun des agissements de l'un ou de l'autre ne pourra être contesté, à l'exception des excès commis par le mandant ou de la preuve de l'altération de ses facultés, sur le fondement de l'article 488 du Code civil. Le mandat, fondé sur l'idée de représentation, ne protège pas le mandant de ses propres actes. Également, au-delà des relations potentiellement concurrentielles entre mandant et mandataire, les actes passés par le mandant peuvent s'avérer risqués pour les tiers, qui peuvent voir les actes en question rescindés ou réduits pour excès.

3 UNE INSTITUTION CRITIQUÉE DANS SON PERFECTIONNEMENT

Ce risque de conflit entre les actes passés par le mandant et ceux passés par le mandataire une fois le mandat mis en œuvre sont particulièrement importants en raison de l'absence de publicité du mandat de protection future. Alors qu'en matière de protection judiciaire, la publicité des mesures assure la sécurité juridique en permettant l'information des tiers et que l'absence de publicité rend la mesure à eux inopposable – sous réserve qu'ils n'en aient personnellement connaissance –, ces derniers ne disposent, en matière de mandat de protection future, d'aucun moyen de connaître l'existence du mandat.

Cet état des textes ne relève pas d'une lacune, mais tout au contraire de l'esprit de la loi selon lequel un tel mandat n'entraînant aucune incapacité du mandant, sa publicité constituerait une atteinte à la vie privée. Les travaux préparatoires sont clairs : « Le majeur n'étant frappé d'aucune incapacité, il n'y a pas lieu de prévoir une publicité ou une information générale des tiers qui se verront opposer le mandat au cas par cas par le man-

dataire, lorsque celui-ci prétendra agir pour le compte du mandant » (Rapport du Sénat n° 212, art. 481).

Cette situation devrait pourtant évoluer dans les mois qui viennent car le législateur, face aux difficultés engendrées, a prévu de remédier à ces complexités. Ainsi, l'article 35 de la loi du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement apporte une nouveauté d'importance au mandat de protection future, en créant un article 477-1 du Code civil aux termes duquel « Le mandat de protection future est publié par une inscription sur un registre spécial dont les modalités et l'accès sont réglés par décret en Conseil d'État ».

Il reste à déterminer les destinataires de cette publicité, dont on se demande si elle sera accessible à l'ensemble des contractants ou uniquement aux professionnels que sont les magistrats, les notaires et les avocats. De plus, rien n'indique que la mise en œuvre du mandat fera l'objet d'une mesure de publicité distincte de l'existence du mandat. Pour ces raisons, on peut se demander si la publicité envisagée sera suffisante à la protection des tiers

D'autres mesures permettraient d'accroître l'intérêt porté au mandat de protection future. Il s'agirait, tout d'abord, de fournir un véritable effort d'information du public et de formation des professionnels. Celui-ci pourrait s'inscrire dans une démarche plus globale relative aux mesures anticipatives et, notamment, à la désignation d'une personne de confiance, puisque l'article 479 du Code civil stipule que « Le mandat peut prévoir que le mandataire exercera les missions que le Code de la santé publique et le Code de l'action sociale et des familles confient au représentant de la personne en tutelle ou à la personne de confiance ». Ensuite, l'exigence légale de la preuve d'une parfaite lucidité du mandant apparaîtrait comme une mesure protectrice, justifiée par la gravité de l'acte qui, s'il vient à être exécuté, engage l'avenir du mandant tant dans ses biens que dans sa personne. 🍀

DROIT IMMOBILIER

INOPPOSABILITÉ DE LA DÉCLARATION D'INSAISSABILITÉ

Cette décision rendue par la Chambre commerciale le 13 septembre 2017 apporte une pierre supplémentaire à l'édifice construit par la Cour de cassation du régime de l'insaisissabilité et, plus précisément, des droits du créancier auquel la déclaration n'est pas opposable. Le créancier auquel la déclaration d'insaisissabilité est inopposable bénéficie d'un droit de poursuite sur l'immeuble, indépendamment de ses droits dans la procédure collective de son débiteur. Il est donc autorisé à se voir délivrer un titre exécutoire, sous réserve des conditions posées par le code des procédures civiles d'exécution.

Com. 13 sept. 2017, FS-P+B+I, n° 16-10.206, extrait : (...) Vu les articles L. 526-1 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 6 août 2015, et L. 111-2 du code des procédures civiles d'exécution ; Attendu que le créancier auquel la déclaration d'insaisissabilité est inopposable bénéficie, indépendamment de ses droits dans la procédure collective de son débiteur, d'un droit de poursuite sur cet immeuble, qu'il doit être en mesure d'exercer en obtenant, s'il n'en détient pas un auparavant, un titre exécutoire par une action contre le débiteur tendant à voir constater l'existence, le montant et l'exigibilité de sa créance (...)

BAUX COMMERCIAUX

DROIT D'OPTION ET RÉTRACTATION DE L'OFFRE

Par cette décision du 7 septembre 2017, prévue au Rapport annuel de la Cour de cassation, la troisième chambre civile décide que le bailleur qui a exercé son droit d'option est en droit de rétracter son offre à raison d'un manquement du locataire aux règles statutaires, tant qu'aucune décision définitive n'a été rendue à propos de l'indemnité d'éviction.

Civ. 3^e, 7 sept. 2017, FS-P+B+R+I, n° 16-15.012, extrait : (...) Attendu que pour déclarer prescrite l'action en dénégation du droit au statut des baux commerciaux, l'arrêt retient que le bailleur doit agir dans le délai de prescription de l'article L. 145-60 du code de commerce, de deux ans à compter de la date d'effet du congé, la condition d'immatriculation s'appréciant à cette date ; Qu'en statuant ainsi, alors que le bailleur qui a offert le paiement d'une indemnité d'éviction après avoir exercé son droit d'option peut dénier au locataire le droit au statut des baux commerciaux tant qu'une décision définitive n'a pas été rendue sur la fixation de l'indemnité d'éviction, la cour d'appel a violé les textes susvisés (...)

DROIT DE LA FAMILLE

LES EFFETS DU MAINTIEN DANS L'INDIVISION AU BÉNÉFICE DU CONJOINT SURVIVANT

Le maintien dans l'indivision, lorsqu'il porte sur un immeuble d'habitation, ne peut être accordé au conjoint survivant que pour cinq ans, ces cinq ans étant renouvelables jusqu'au décès. Cette solution, dictée par les termes de l'article 823 du Code civil, empêche l'attribution au conjoint survivant d'un droit au maintien viager.

Civ. 1^{re}, 12 juill. 2017, F-P+B, n° 16-20.915, extrait : (...) Vu les articles 822, alinéa 2, et 823 du Code civil ; Attendu que, selon le premier de ces textes, à défaut de descendants mineurs, le maintien de l'indivision peut être demandé par le conjoint survivant à la condition qu'il ait été, avant le décès, copropriétaire des locaux d'habitation ; que, selon le second, le maintien dans l'indivision ne peut être prescrit pour une durée supérieure à cinq ans et peut être renouvelé jusqu'au décès du conjoint survivant (...)

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

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

hubert.devaulgrenant@lasaygues.com • François Gauthier, Notaire Associé > 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

LES SANCTIONS DU NON-RESPECT DES CONDITIONS DE VALIDITÉ DU CONTRAT : NULLITÉ ET CADUCITÉ

La réforme du droit des contrats a regroupé les dispositions relatives à la nullité et à la caducité dans une section qui leur est réservée, venant ainsi pallier les lacunes du Code civil en cette matière.

La nullité représente la principale sanction du non-respect des conditions de validité du contrat, c'est-à-dire des règles relatives aux vices de consentement, à la capacité ou au contenu de l'acte. L'ordonnance a toutefois donné du lustre à une sanction moins fréquemment invoquée et ignorée du Code de 1804, à savoir la caducité. Alors que la nullité conduit à la disparition rétroactive du contrat, la caducité sanctionne la disparition, après la formation du contrat, d'une de ses conditions de validité. En revanche, aucune disposition nouvelle n'a trait aux régimes des autres sanctions susceptibles d'être imposées par les textes ou appliquées par les juges comme le réputé non écrit, l'opposabilité ou l'inexistence.

Pour chacune des deux sanctions réglementées, réunies au sein d'une section qui leur est réservée, la réforme fait œuvre de nouveauté car le Code civil, s'il connaissait la notion de nullité, ne contenait aucune disposition relative à son régime, dont l'élaboration est due à la doctrine et la jurisprudence. Si celle-ci se trouve largement reprise par le législateur, certaines règles inédites d'importance apparaissent, relatives notamment à la nullité conventionnelle et à la sommation interpellative.



LA NULLITÉ

Le régime des nullités est contenu dans une sous-section première constituée des huit articles 1178 à 1185 qui reprennent la théorie moderne des nullités, fondée non plus sur la gravité du vice affectant l'acte litigieux, mais sur la finalité d'ordre public ou privé de la règle transgressée.

L'article 1178 pose le principe selon lequel les conditions de validité du contrat sont sanctionnées par sa nullité qui doit être prononcée par le juge, mais qui peut également être consta-

tée par les parties. L'annulation a donc cessé d'être exclusivement judiciaire : en parallèle de la classique nullité judiciaire, une nullité consensuelle, constatée par les parties, est désormais inscrite à l'article 1178, alinéa 1er, en vertu duquel « La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord ». Aucune précision n'est apportée quant à ce « constat » des parties qui, en ce qu'il éteint des obligations, répond à la définition du contrat et devrait, en tant que tel, en respecter les conditions. Il est également indiqué au second alinéa (...)

« Pour chacune des deux sanctions réglementées, réunies au sein d'une section qui leur est réservée, la réforme fait œuvre de nouveauté »

(...) que l'annulation emporte restitution des prestations déjà exécutées, sans préjudice de dommages et intérêts si la nullité est imputable à l'une des parties.

Les articles 1179 et 1180 entérinent la distinction entre les nullités absolues et relatives, selon que la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général ou d'un intérêt privé. Dans le silence des textes quant à la nature de la nullité, il reste certainement du ressort des tribunaux de la définir. Or, cette distinction emporte d'importantes conséquences pratiques en ce qu'elle agit sur le droit de demander la nullité, réservé à ceux qui justifient d'un intérêt à agir pour les premières et à ceux que la loi a entendu protéger pour les secondes. De même, la confirmation n'est possible qu'en cas de nullité relative.

La notion de « confirmation » se trouve définie et régie à l'article 1182. Elle apparaît également à l'article 1183, qui crée la possibilité d'une demande de confirmation dans l'hypothèse d'une nullité relative. Ainsi, une partie est en droit de sommer celle qui pourrait se prévaloir de la nullité de prendre position. Cette faculté équivaut non pas à une simple action interrogatoire, mais à une véritable mise en demeure, car elle comporte une interpellation à laquelle le destinataire doit répondre sous peine de forclusion, en

d'autres termes d'être déchu de son droit d'invoquer la nullité.

Concernant l'étendue de la nullité, l'article 1184 adopte la solution jurisprudentielle selon laquelle la sanction, lorsqu'elle affecte uniquement une ou plusieurs clauses du contrat, n'entraîne la nullité de l'acte dans son entier « que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles ».

La sous-section se termine par la consécration d'une solution prétorienne relative à l'exception de nullité. L'article 1185 confirme l'imprescriptibilité de l'exception de nullité, tout en précisant que la règle ne vaut que pour un contrat qui n'a reçu aucune exécution.

LA CADUCITÉ

Le concept de caducité, fréquemment employé en pratique, est maintenant légalement consacré dans une sous-section 2, composée des articles 1186 et 1187.

La caducité est encourue en cas de disparition d'un élément essentiel. L'article 1186, qui affirme ce principe appliqué de longue date par les tribunaux, envisage la question du sort d'un (ou des) contrat(s) accessoire(s) à un contrat ayant pris fin. Il confirme que lorsque l'exécution de plusieurs

contrats se trouve être nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs « les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition » et « ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie ». Le principe connaît cependant une limite : la caducité n'est appliquée que « si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement ». Partant, semble contredite la jurisprudence de la Cour de cassation qui, à plusieurs reprises, a décidé que « les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants » (Com., 19 novembre 2013, n° 12-23955 ; Com. 24 septembre 2013, n° 12-25103). On regrette cependant que le législateur n'ait pas saisi l'occasion de préciser la délicate notion d'ensemble contractuel à laquelle il fait allusion.

L'article 1187, relatif aux effets de la caducité, dispose qu'elle « met fin au contrat ». Il apparaît conséquemment que, comme avant la réforme, le contrat prend fin du seul fait de la caducité, sans qu'il soit nécessaire de demander en justice la résolution de la convention.

Le dernier alinéa de l'article prévoit que la caducité « peut donner lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9 ». Sur ce point, le texte apparaît relativement imprécis. Probablement a-t-il été conçu dans l'idée qu'il revient aux juges d'adapter les effets de la caducité en fonction des circonstances de chaque espèce. 🧐